Die Rechtsstellung des Boten.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Erich Falkmann

aus Labiau

Referendar.

ACAD. LUDD. RAT. BIBL.

Approbiert am 17. Juni 1907.

Gräfenhainichen

Wilhelm Hecker, Buchdruckerei

1908.

Referent:

Universitätsprofessor Dr. Oertmann.

Inhalt.

Seite

§ 1. Einleitung 9

Erste Abteilung.

Die subjektive Rechtsstellung des Boten.

I. Die gesetzlichen Bestimmungen über den Boten.

§ 2. a) Im corpus iuris 9

§ 3. b) Im corpus iuris canonici 13

§ 4. c) In den neueren Gesetzen 13

II. § 5. Der Sprachgebrauch 13

III. Die Theorien.

§ 6. a) Vor 1850 14

§ 7. b) Die Theorie Savignys 16

§ 8. c) Die mittleren Theorien 17

§ 9. d) Die herrschende Ansicht 19

IV. Die Konstruktion der rechtlichen Stellung des Boten.

A. Die Abgrenzung des Boten nach aussen.

§ 10. a) Bote und Übermittlungsanstalt 21

§ 11. b) Abgrenzung gegen den Stellvertreter . . . 22

§ 12. c) Juristische und faktische Beihilfe 23

B. Die Bedeutung des Auftretens des Boten.

§ 13. a) Mündliche und schriftliche Willenserklärung durch Boten 25

§ 14. b) Der Vertrag durch Boten 35

§ 15. c) Der Bote als Erklärungsempfänger . . . 35

§ 16. d) Willensfähigkeit des Boten 39

§ 17. e) Willensmängel 40

§ 18. f) Stellung der Mittelsperson bei ihr eingeräumtem Einfluss auf den Inhalt der zu überbringenden Erklärung 41

§ 19. g) Ist das Innen- oder das Aussenverhältnis für das Vorliegen der Boteneigenschaft entscheidend? 45

Zweite Abteilung.

Die anomale Botentätigkeit.

§ 20. a) Anfechtungsrecht des Herrn bei falscher Übermittlung 49
b) Dolus des Boten.
§ 21. 1. Haftung des Boten 51
§ 22. 2. Haftung des Herrn 52
§ 23. c) Begriff der unrichtigen Übermittlung . . . 53
§ 24. d) Kompensation eines Irrtums des Herrn durch unrichtige Übermittlung 54
§ 25. e) Säumnis des Boten 55
f) Haftung des Boten:
§ 26. 1. für Bestehen des Auftrags . . . 56
2. für den Inhalt des Auftrags . . . 57
§ 27. α. zivilrechtlich 57
§ 28. β. strafrechtlich 58
§ 29. g) Abweichungen von dem vorgeschriebenen Beförderungswege 59
§ 30. h) Einmischung eines Dritten bei der Beförderung 60

Literatur.

Arndts, Lehrbuch der Pandekten.
Assmann, Rechtsstellung des Boten. Berlin. 1906.
Bähr, In Jherings Jahrbüchern für Dogmatik Bd. VI, S. 286 ff.
Baron, Pandekten. 8. Aufl. 1893.
Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts. 1886. I.
Bekker, System des heutigen Pandektenrechts.
Bekker, Sprachliches und Sachliches zum BGB. in Jherings Jahrb. für Dogmatik Bd. 49, S. 1 ff.
Breit, Zur Lehre vom Rechtsgeschäft, III. Adressierungsbedürftige Rechtsgeschäfte. Im Sächsischen Archiv, 1905, Bd. 15, S. 637 ff.
Brinz-Lotmar, Pandekten.
Buchka, Die Lehre von der Stellvertretung bei Verträgen. 1852.
Canstein, In Buschs Archiv für Handelsrecht Bd. 21, S. 288 ff.
Canstein, In Grünhuts Zeitschrift Bd. 3.
Cosack, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts.
Crome, System des Bürgerlichen Rechts. 1900. I.
Curtius, Im Archiv für ziv. Praxis Bd. 58, S. 70 ff.
David, Verhinderung bei Abgabe einer empfangsbedürftigen Willenserklärung. In Gruchot Bd. 46, S. 232 ff.
Dernburg, Das Bürgerliche Recht. 1902.
Dernburg, Pandekten.
Dernburg, In Heidelberger krit. Zeitschrift Bd. I, S. 1 ff.
Doliński, Haftung des Kontrahenten für seine Gehilfen bei der Abschl. von obligat. Verträgen. 1893.
Duarenus, Opera. Frankfurt. 1607.
Dunkhase, Die Kenntnis des Gerichtsvollziehers von der Zahlungseinstellung des Schuldners. Im Archiv f. ziv. Praxis Bd. 77, S. 100 ff.
Düringer-Hachenburg, Das HGB. 1901.
Eck, Jenaer Literaturzeitung 1877, Nr. 5.
Eck, Sammlung von Verträgen über den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches in der Fassung der dem Reichstag gemachten Vorlage. I. Allgemeiner Teil.
Eck-Leonhard, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, I.
Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I.
Ernst, Theorien über die Folgen des Irrtums bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts durch Mittelspers. Breslauer Dissertation. 1879.

Fleck, Der Bote. In Kohler-Rings Archiv für Bürgerliches Recht. Bd. 15, S. 337 ff.
Förster-Eccius, Preussisches Privatrecht.
Gardeike, Verträge unter Abwesenden.
Gareis, Verträge zu Gunsten Dritter.
Goldmann-Lilienthal, Das BGB. systematisch dargestellt. 2. Aufl. I.
Hachten, Disputatio de Nuncio. Hamburg. 1660. In Lauterbachii Dissertationum Academicarum Vol. III. 1728. S. 213 ff.
Hellmann, Die Stellvertretung in Rechtsgeschäften. 1882.
Hellmann, In der Zeitschr. für Deutschen ziv. Prozess Bd. 31, S. 346 ff.
Hellwig, Reichsgerichtliche Judikatur über das Zugehen von Willenserklärungen. In Jurist. Wochenschr. Jahrg. 34, 1905. S. 356 ff.
Hölder, Kommentar zum BGB., I. Allgemeiner Teil.
Hölder, Zum Allgem. Teil des Entwurfes eines Bürgerl. Gesetzbuches für d. Deutsche Reich. In Archiv f. ziv. Praxis Bd. 73, S. 1 ff.
Hölder, Der Allgem. Teil des deutschen Zivilgesetzentwurfes in zweiter Lesung. In Archiv für ziv. Praxis Bd. 80, S. 1 ff.
Hölder, Festgabe an Degenkolb. 1905.
Hupka, Die Vollmacht.
Jhering, Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte in Jherings Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 1, S. 273 ff.
Jhering, Culpa in contrahendo in Jherings Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 4, S. 1 ff.
Jhering, Geist des römischen Rechts.
Josef, Die unrichtige Übermittelung einer Willenserklärung durch die Mittelsperson. In Zeitschr. für Rechtspflege in Bayern Bd. 1, 1905. S. 402 ff.
Isay, Die Willenserklärung im Tatbestand des Rechtsgeschäfts. 1899.
Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I.
Koppers, Die Vollendung empfangsbedürftiger mündlicher Willenserklärungen. In Gruchot Bd. 46, S. 225 ff.
Kühn, In Jherings Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 16.
Laband, In Goldschm. Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht Bd. 10, S. 189 ff.
Lenel, In Jherings Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 36, S. 1 ff.
Leonhard, Der Irrtum bei nichtigen Verträgen.
Leonhard, Die Anfechtbarkeit der Verträge für das Vermögen eines Dritten 1892.
Maier, Der Bote. Göttinger Dissertation. 1897.
Manigk, Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte. 5. Heft der Studien zur Erläuterung des Bürgerlichen Rechts (herausgegeben von Leonhard). 1901.
Marcus, Zur Kasuistik des Botenrechts. Im Recht Jahrgang 11, S. 44 ff. 1907.
Matthiass, Lehrbuch des BGB.
Mitteis, Die Lehre von d. Stellvertretung nach römischem Recht. 1885.
Monich, Willenserklärung und Rechtsgeschäft. Berlin. 1900.

Mugdan, Die gesamten Materialien zum BGB., I und II.
Örtmann, Zugehen und Vernehmen. Im Recht Bd. 10, S. 721 ff.
Planck, Kommentar zum BGB., I. Allgemeiner Teil.
Regelsberger, Pandekten. 1903. I.
Regelsberger, In Endemanns Handbuch des Deutschen Handelsrechts, II.
Regelsberger, In Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, II.
Rehbein, Das BGB. mit Erläuterungen. 1890.
Ruhstrat, In Archiv für ziv. Praxis Bd. 30, S. 394 ff.
Ruhstrat, Über Savignys Lehre von der Stellvertretung. 1854.
Rümelin, Das Handeln in fremdem Namen. Im Archiv für ziv. Praxis Bd. 93, S. 131 ff.
Savigny, System des römischen Rechts.
Savigny, Das Obligationenrecht, II.
Scheurl, In Jherings Jahrb. für Dogmatik Bd. 2, S. 1 ff.
Schliemann, Beiträge zur Lehre von der Stellvertretung beim Abschluss obligat. Verträge. In Goldschm. Zeitschr. für das gesamte Handelsrecht Bd. 16, S. 1 ff.
Schlossmann, Die Lehre von der Stellvertretung, insbesondere bei obligatorischen Verträgen.
Schott, Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden.
Seuffert, Die Lehre von der Ratihabition der Rechtsgeschäfte. 1868.
Staub, Kommentar zum HGB., 6. und 7. Auflage. 1900.
Staudinger, Kommentar zum BGB., 2. Auflage. 1904. I.
Steinlechner, In Grünhuts Zeitschrift. Bd. 4, S. 353 ff.
Titze, Der Zeitpunkt des Zugehens bei empfangsbedürftigen schriftl. Willenserklärungen. In Jherings Jahrb. f. Dogm. Bd. 44, S. 379 ff.
Thöl, Handelsrecht.
Unger, System des österreichischen Privatrechts.
Unterholzner, Das österreichische Obligationenrecht.
Vangerow, Pandekten.
Wächter, Pandekten.
Wächter, Württembergisches Privatrecht.
Wendt, Pandekten.
Windmüller, Rechtliche Bedenken gegen die vom Herrn Geheimen Justizrat Professor Dr. Jhering aufgestellte Theorie der culpa in contrahento. In Gruchot Bd. 10, S. 149 ff.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts.
Zimmermann, Die Lehre von der stellvertretenden negotiorum gestio. 1876.
Zoll, In Grünhuts Zeitschrift Bd. 14, S. 221 ff.

Einleitung.

§ 1. Der Begriff des Boten ist ein so allgemein bekannter und häufig verwendeter, daher wichtiger Faktor für Handel und Verkehr, dass Zweifelsfragen, die einer Klärung durch die Rechtswissenschaft bedürfen, zu den täglichen Vorkommnissen gehören. Trotzdem sehen wir erst ziemlich spät — seit der Mitte des 19. Jahrhunderts — die Theorie sich mit diesem Begriff als rechtlichem eingehender beschäftigen. Seit dieser Zeit ist zwar eine umfangreiche Literatur über alle mit diesem Gegenstand zusammenhängenden, für das ganze tägliche Leben so bedeutsamen Fragen entstanden. Dennoch ist es nicht geglückt, in der Flut sich widersprechender Ansichten Einigkeit zu erzielen; noch auch einzelne schwierige Komplikationen in einer Weise zu entscheiden, die die verschiedenartigen Interessen des Handels und Verkehrs gegeneinander abwägt und in gleicher Weise berücksichtigt.

Erste Abteilung.

Die subjektive Rechtsstellung des Boten.

I. Die gesetzlichen Bestimmungen über den Boten.

a) Im corpus iuris.

§ 2. Zu dieser herrschenden Unsicherheit hat nicht wenig das Fehlen fast aller legislativen Tätigkeit über das Botenrecht beigetragen Die Gesetzgeber haben sich zu allen Zeiten von diesem Stoff teils überhaupt ferngehalten, teils nur einzelne Regeln aufgestellt, die die Grundgedanken der Behandlung des Boten festlegen sollten, ohne sich auf

das Detail oder auch nur eine präzise Abgrenzung des Begriffes selbst näher einzulassen.

Ob den Römern ein rechtlicher Botenbegriff bekannt gewesen, besonders welches sein Unterschied vom procurator gewesen sei oder ob der nuntius selbst im Procuratorbegriff einbegriffen gewesen, ist von jeher eine Streitfrage der Interpreten des römischen Rechts gewesen.

Nun findet sich im corpus iuris das Wort nuntius öfter[1]), eine Definition ist aber nirgends darin enthalten, noch auch eine präzise Abgrenzung gegen den procurator. Wir können nur aus dem Zusammenhang und dem Sinn der einzelnen Stellen Schlüsse auf die Stellung des Boten zu ziehen versuchen.

Dass den Römern ein Unterschied zwischen dem procurator und dem nuntius bekannt gewesen ist, geht aus l. 18 de sponsalibus constituendis D. 23, 1 hervor. Dort wird es zur Konstituierung eines Verlöbnisses für gleichgültig hingestellt, per se et coram, an per internuntium, vel per epistolam, an per alium hoc factum sit. Die Annahme eines Unterschiedes zwischen dem internuntius und dem alius ist hier unabweisbar. Unter dem alius, etwa einem Freunde des constituens scheint hiernach ein procurator verstanden zu sein, nach der Ansicht von Mitteis[2]) ist er jedenfalls mehr als der blosse nuntius.

Indessen sagt uns diese Stelle nur, dass ein Unterschied bestanden habe. Einen Aufschluss darüber, welcher Art er gewesen sei, gibt uns die l. 15 de pecunia constituta D. 13, 5 in Verbindung mit l. 14 § 3 de pecunia constituta D. 13, 5[3]). Derjenige, heisst es dort, dem per liberam personam konstituiert würde, erwerbe, obwohl es eine libera persona sei, gleichwohl ex constituto, weil die Mittelsperson ministerium tantummodo hoc casu praestare videtur. Diese untergeordnete Tätigkeit einer reinen Dienstleistung, ohne dass ein Einfluss auf den Inhalt des Rechtsgeschäfts vorläge, kennzeichnet den nur mechanischen

---

[1]) S. Schlossmann, Die Lehre von der Stellvertretung I, S. 315, der eine vollzählige Übersicht über diese Stellen bringt.

[2]) Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht I, S. 132—134.

[3]) Dig. XIII. 5. l. XIV. § 3. Constituere autem et praesentes et absentes possumus, sicut pacisci et per nuntium, et per nosmet ipsos, et quibuscumque verbis.

l. XV. Et licet libera persona sit, per quam tibi corstituitur, non erit impedimentum, quod per liberam personam acquirimus, quia ministerium tantummodo hoc casu praestare videtur.

Charakter des Boten, der als blosses Werkzeug den Willen seines Herrn ausführt.

Die Verwendung des Wortes nuntius an andern Stellen bestätigt diese Auffassung. Es wird für zulässig erklärt, dass Rechtsgeschäfte, wie der Abschluss einer conventio[1]), die Bestellung eines procurator[2]), eine Heirat[3]), sowohl durch einen Brief, wie durch einen Boten vollzogen werden könnten. Diese Nebeneinanderstellung des nuntius und epistola oder literae, die sich häufig findet[4]), lässt auf die gleiche rechtliche Behandlung beider, nämlich als bloss passiver überbringender Faktoren schliessen. Es fällt auf, dass die Kopulation nicht ganz logisch ist. Der nuntius überbringt, die epistola bedarf selbst eines Überbringers. Eine präzise Verbindung findet sich in l. 1 § 1 D. 3, 3: qui rem perferendam vel epistolam vel nuntium perferendum suscepit. Hier wird die mündliche Nachricht neben die schriftliche gestellt. Vielleicht wurde das Wort nuntius auch an andern Stellen als Botschaft und nicht als Bote aufgefasst[5]). Jedenfalls bedeutete der auch in Verbindung mit epistola erscheinende Ausdruck internuntius[6]) stets Bote.

Die Berechtigung dieses Schlusses von der passiven, überbringenden Funktion des Briefes auf eine gleiche des Boten ist vereinzelt angezweifelt worden, so von Savigny[7]) und Hellmann[8]), welcher aus der Verbindung des nuntius mit epistola noch nicht folgern will, dass deshalb das Wesen des nuntius mit dem der epistola identisch sei. Herrschend ist jedoch immer die Anschauung geblieben, welcher die äussere Nebeneinanderstellung von Brief und Bote ein Kennzeichen für ihre juristische Gleichstellung war[9]).

Mit dieser Ansicht im Einklange steht die Behandlung

---

[1]) l. 2 pr. D. 2, 14.
[2]) l. 1. § 1. D. 3, 3.
[3]) l. 5 D. 23, 2.
[4]) Inst. III 22; l. 1, 1 D. 17, 1; l. 1, 2 D. 18, 1; l. 25, 4 D. 29, 2; l. 2, 2 D. 44, 7.
[5]) Vergl. Hachten. Disputatio de Nuncio. In Lauterbachii Dissert. Acad., Vol. III., Caput I, S. 221—222, quod vocem nuncii explicet II, 2: Interdum ipsa res, quae affertur sive nunciatur, nuncius vocatur. (Folgen Beispiele) Ut plurimum vero denotat rem, vel personam, quae aliquid indicat vel nunciat.
[6]) l. 18 D. 23, 2.
[7]) Das Obligationenrecht, II., S. 57.
[8]) Die Stellvertretung in Rechtsgeschäften, S. 20.
[9]) S. Assmann, Die Rechtsstellung des Boten. 1906. S. 7, und Marcus, Zur Kasuistik des Botenrechts. Im Recht 1907. Bd. 11, S. 44—45.

der durch Boten geschlossenen Rechtsgeschäfte, als unter Abwesenden geschlossen[1]), wie es am deutlichsten in l. 2, 2 D. 44, 7 ausgesprochen wird. Es geht hieraus nicht nur hervor, dass die absentia Voraussetzung des Abschlusses von Kontrakten durch Boten war, sondern auch, dass diese nur Erklärungswerkzeuge ihres Dominus ohne eigenen Einfluss auf den Inhalt des Rechtsgeschäfts waren. Denn vor Justinian gab es eine direkte Stellvertretung, bei welcher der Erklärende seinen Willen erklärt, Rechte und Pflichten dagegen unmittelbar vom Vertretenen erworben werden, noch nicht. Die Geschäfte des indirekten Stellvertreters wurden inter praesentes abgeschlossen, die durch Hauskinder und Sklaven abgeschlossenen aber, der einzige Fall unmittelbaren Rechtserwerbes durch einen andern im römischen Recht, galten niemals als durch Boten abgeschlossen. Denn die Hausgenossen waren überhaupt keine von ihrem Herrn verschiedenen Rechtssubjekte.

Einen weiteren Beweis, dass der procurator, so kontrovers die Lehre von ihm vor Justinians Kodifikation war, vom Boten unterschieden wurde, gibt die l. 1, 1 de procurat. et defens. D. 3, 3, deren zweiter Satz lautet: quamvis quidam, ut Pomponius libro vicesimo quarto scribit, non putent, unius rei mandatum suscipientem procuratorem esse, sicutine is quidem, qui rem perferendam, vel epistolam, vel nuntium perferendum suscepit, proprie procurator appelletur; sed verius est, eum quoque procuratorem esse qui ad unam rem datus sit. Für die Schriftsteller, deren Meinung Ulpian verwirft, war der rem perferendam, vel epistolam, vel nuntium perferendum suscipiens kein eigentlicher procurator, und Ulpian lässt dies Argument unbestritten. Denn ihm, der den procurator als den definierte, qui aliena negotia mandatu domini administrat[2]), musste wohl der unius rei mandatum suscipiens als procurator erscheinen, nicht aber der Bote, dessen Aufgabe nur eine untergeordnete, mechanische war und keine selbständig Geschäfte ausführende Tätigkeit.

Zu erwähnen ist hier auch die Ansicht von Schlossmann[3]), welcher das Kriterium des nuntius in seiner niedrigen und untergeordneten sozialen Stellung sucht. Diese Theorie entbehrt jedoch jeder Grundlage und beruht, wie Hellmann[4]) bemerkt, auf einer blossen Hypothese.

---

[1]) Inst. III 22; l. 1, 2 D. 18, 1; l. 65, 3 D. 36, 1; l. 14, 3 D. 13, 5.
[2]) l. 1 pr. D. 3, 3.
[3]) Die Lehre von der Stellvertretung, I, S. 304—332.
[4]) In Buschs Z. Bd. 31, S. 361.

Etwas näheres über den Begriff des nuntius, als diese Andeutungen, erfahren wir aus den Quellen nicht. In bezug auf seine rechtliche Stellung, über Haftpflicht usw., sind wir auf die allgemeinen Grundsätze angewiesen. Der Absender hat zur Wahrung seiner Rechte gegen den Boten die actio mandati directa; der Empfänger dem Boten gegenüber nur beim Vorliegen von dolus die allgemeine actio doli, die jetzt dem § 826 BGB. entspricht.

b) Im corpus iuris canonici.

§ 3. Auch von den dem corpus iuris nachfolgenden Gesetzbüchern hat sich keins mit dem Botenbegriff näher abgegeben. Aus dem corpus iuris canonici führt Assmann[1]) ausser zwei belanglosen Stellen[2]) das c. 7 X de pignor. III 21 an, das seine praktische Pointe in dem Satze findet: nuncii malitia non obest domino.

c) In den neueren Gesetzen.

§ 4. Im ALR. wird das Wort Bote nur erwähnt im Ersten Teil V §§ 99—100. Die Stelle enthält eine Bestimmung über die Zeit, innerhalb welcher ein schriftlicher, durch einen Boten gestellter Antrag angenommen werden muss, eine Vorschrift, die Koch[3]) auch auf einen mündlichen Antrag durch Boten ausgedehnt wissen will. Alles übrige wird der Wissenschaft überlassen.

Das BGB. selber vermeidet das Wort Bote vollständig. Eine einzige ausdrückliche Bestimmung über diesen Gegenstand findet sich in § 120. Doch lassen sich aus dieser in Verbindung mit andern Gesetzesstellen soviel Anhaltspunkte gewinnen, dass der Wissenschaft eine feste Grundlage für ihre Forschung gegeben ist.

II. Der Sprachgebrauch.

§ 5. Das Wort Bote wird im täglichen Leben auf jeden angewandt, der etwas für einen andern überbringen soll, eine mündliche Nachricht, einen Brief, einen sonstigen Gegenstand. Im allgemeinen ist eine niedrigere soziale

[1]) S. 15.

[2]) De regulis iuris VI 5, 12. Reg. 68: Potest quis per alium, quod potest facere per se ipsum, und Reg. 72: Qui facit per alium, est perinde, ac si faciat per se ipsum.

[3]) Kommentar zum ALR. I, S. 201.

Stellung Begriffsmerkmal nur für die das Botengehen als Beruf ausübenden Personen, z. B. Dienstboten. In diesem Sinne nennt der § 196 No. 3 BGB. die Boten neben Schiffern, Frachtfuhrleuten und Lohnkutschern; und die Ansprüche auf den Botenlohn unterliegen nur dann der zweijährigen Verjährung, wenn es sich um berufsmässig übernommene Leistungen handelt[1]). Diese Behandlung des Boten im § 196 deutet den Charakter niedriger, untergeordneter Tätigkeit des Boten an.

Dass aber schon früh die ganze Tätigkeit des Boten eine niedrige war, ergibt sich daraus, dass das Botenlaufen, Botschaftsgehen als operae pedestres Objekt von Fronen und Diensten war, wobei der Botenfröner nicht nur „zu kleinen, seinen geistigen Kräften angemessenen mündlichen Bestellungen", sondern auch zum Überbringen von Briefen und zum Befördern von Paketen verpflichtet war[2]). Dies erinnert an die Theorie Schlossmanns[3]) über den römischen nuntius.

Nach der ursprünglichen Bedeutung des Wortes ist der Bote eine Person, die entsendet wird, zu entbieten, zu laden, während im Gegensatz dazu der römische nuntius ein noventius ist, einer der Neuigkeiten bringt. Erst später wurde unter die Bezeichnung Bote auch der substituiert, welcher andre Meldungen als Ladungen, mündlich zu überbringen hatte, zuletzt auch der Briefüberbringer[4]). Auch diese Ableitung ist ein Zeichen für die Dienereigenschaft des Boten, die ihn unter Hintansetzung seines eigenen Willens den Befehlen seines Herrn unterwirft.

Hieran muss bei der Konstruktion des Rechtsbegriffes des Boten festgehalten werden, denn „wenn man nach einer vom gemeinen Sprachgebrauch abweichenden Bedeutung forscht, so jagt man einem Phantom nach"[5]).

III. Die Theorien.

a) Vor 1850.

§ 6. In der Wissenschaft sind es besonders zwei Theorien über den Boten, die sich gegenüberstehen. Die älteste ist die Ansicht, der Bote sei nur ein willenloses

---

[1]) Vgl. Staudinger, Kommentar zum BGB. I, zu § 196, S. 538, Note 3.
[2]) Weiske, Rechtslexikon. 1843. Bd. IV, S. 388.
[3]) I, S. 322.
[4]) S. Grimm, Deutsches Wörterbuch, II, S. 271 s. h. v.
[5]) Schlossmann, I, S. 314.

Werkzeug in der Hand des Prinzipals — die den römischen Quellen entsprechende Anschauung —, während dem Stellvertreter selbständige Entschliessungsbefugnis und Einwirkung auf den Inhalt der durch ihn geschlossenen Verträge eingeräumt ist.

Die entgegengesetzte Theorie negiert jeden Unterschied zwischen Stellvertreter und Boten. Einzelne andre Schriftsteller nehmen eine vermittelnde Stellung ein. Eine Übersicht über die verschiedenen Theorien mag dies näher ausführen.

Von den Glossatoren an haben sich die Schriftsteller, soweit sie sich mit dem Boten befasst haben, im allgemeinen der Legalauffassung des corpus iuris angeschlossen; nämlich der Bote habe keinen Willen bezüglich des Rechtsgeschäfts, er sei vielmehr nur ein gerulus verborum, ein Worteträger, der die Willenserklärung seines Herrn übermittele. Glossatoren und Kommentatoren haben immer wieder mit andern Worten diese rein passive Stellung des Boten betont.

Azo spricht es prägnant aus[1]): Nuncius est is, qui vicem gerit epistolae: atque velut pica et organũ et vox dñi mittentis ipsũ et recitat verba domini.

In ähnlicher Weise äussern sich Accursius, der eine spezielle Vollmacht für den Boten verlangt, Odofredus, Bartolus und Cynus, welcher als Muster der Ausrichtung einer Botschaft die Formel aufstellt: Dominus mens mittit me ad vos et dicit, quod vult emere talem rem vestram.

In der letzten Postglossatorenzeit präzisiert Baldus († 1400)[2]) die Stellung des nuntius gegenüber dem procurator folgendermassen: ita nuntius proprio animo et propria industria nihil loquitur, sed dominus loquitur in ipso et per ipsum et in hoc etiam differt a procuratore.

Diese Anschauung blieb auch unter der Herrschaft des gemeinen Rechts die dominierende.

Duarenus († 1559) charakterisiert die Botentätigkeit folgendermassen[3]): Nuntius epistola loquens, epistola vero nuntius mutus dici potest; und: quasi organi cuiusdam vice fungitur. Ferner: Nuntius . . . nuntiat, monet, significat absenti, ad quem mittitur, quid dominus petat aut velit.

---

[1]) Summa locuples iuris civilis thesaurus, Venetiis 1581, in IV. libr. Codicis, p. 430, Si quis alteri vel sibi ipsi sub alterius nomine vel alinea pecunia emerit, Rubr. 1.

[2]) S. Buchka, Die Lehre von der Stellvertretung bei Verträgen, S. 135—136.

[3]) Duareni opera. Frankfurt. 1607.

Eine ausführliche Monographie über den Boten erschien in Lauterbachs Dissertationensammlung[1]), wo der Botenbegriff folgendermassen definiert wird[2]):

Nuncius nihil aliud est, quam persona ab alio ad hoc missa, ut alteri absenti mittentis nomine et loco, sibi commissa nunciet. Ita ut fit tantum gerulus verborum mittentis et eius commissionem portet, tamquam epistolam.

Ihm wird dann der Stellvertreter gegenüber gestellt[3]): Ea, quae hactenus dicta, regulariter in procuratore aliter sese habent. Hic enim vi mandati ipse suo consensu contrahit, promittit, vendit, sibi emit, conducit, alterius promissionem accipit, quamvis procuratorio nomine, et altera quoque pars cum ipso contrahit, ab ipso emit, ipsi vendit, locat, promittit. Eapropter contractus et exinde descendens obligatio primo et immediate active et passive radicatur in persona procuratoris et ipsi directa actio acquiritur in persona procuratoris, ipseque quamvis sub qualitate procuratoris alteri obligatur.

b) Die Theorie Savignys.

§ 7. Dieser Unterscheidung zwischen Boten und Stellvertreter trat eine Richtung entgegen, deren Entstehung sich an den Namen Savignys knüpft. Für ihn besteht im römischen Recht ein Unterschied zwischen Boten und Stellvertreter in der Qualität überhaupt nicht, vielmehr erblickt er im Stellvertreter nichts begrifflich andres, als den römischen nuntius. „Der Bote kann bewusstloses und willenloses Werkzeug sein, aber man darf bei diesem höchst beschränkten Fall nicht stehen bleiben“[4]). Er erkennt dem Boten Wahlfreiheit zu, bringt Beispiele, in denen der Mittelsperson in Abstufungen immer mehr und mehr Einfluss auf den Inhalt der abzugebenden Willenserklärung eingeräumt ist und kommt zu dem Schluss, dass alle diese Fälle eine gleiche juristische Natur haben. „Eine scharfe Grenze zwischen diesen höchst mannigfaltigen Fällen zu ziehen, ist ganz unmöglich und es ist auch kein innerer Grund vorhanden für den Einfluss einer solchen Grenze“.

---

[1]) Disputatio de Nuncio. Respondente Heino von Hachten. Hamburg. 1660. In Lauterbachii Dissertationum Academicarum, Vol. III. 1728.

[2]) S. 223. Caput II. No. 4.

[3]) S. 264. LX.

[4]) Das Obligationenrecht, II, S. 57.

Dieser Meinung Savignys schlossen sich bald andre Schriftsteller an. So trat Windmüller[1]) mit der Anschauung auf, dass die römischen Juristen keinen Boten im Gegensatze zu dem procurator gekannt hätten. „Vielmehr fungiert jeder als procurator, der durch Wort oder Handlung die Äusserung oder Verwirklichung eines fremden Rechtswillens vermittelt. Völlig gleich bleibt es sich daher, ob seine vermittelnde Tätigkeit als solche eine bewusste oder eine unbewusste, ferner ob sie eine bloss mechanische oder eine in contrahendo wirksame ist." Nur der Wille, nicht für sich selbst zu handeln, soll das Kennzeichen für die Existenz einer Prokuration sein.

Ruhstrat[2]) bestätigt seine schon 1847 ausgesprochene Ansicht 1854 mit den Worten[3]): „Jeder Mandatar, der als solcher kontrahiert, steht jetzt regelmässig mit dem Boten rechtlich auf gleicher Stufe, insofern auch er nur Instrument des Geschäftsherrn ist und für seine Verträge nicht persönlich verbindlich wird."

Für die Gleichstellung des Stellvertreters und des Boten traten ferner auf: Canstein[4]), Hellmann[5]) und Behrend[6]), welcher auch für das heutige keine gegensätzliche Behandlung des Boten und des Stellvertreters für geboten und zulässig erachtet. Auch Schlossmann steht auf dem Boden der Negierung einer Unterscheidung zwischen Stellvertreter und Boten; er hält einen solchen Unterschied für völlig zwecklos[7]), da es für die Wirkungen des Geschäfts völlig gleichgültig sei, ob ein Vertreter oder ein Bote mitgewirkt habe[8]).

c) Die mittleren Theorien.

§ 8. Eine andre Gruppe von Schriftstellern subsumiert zwar den Boten dem Begriffe des Stellvertreters, erkennt aber einen ausgesprochenen quantitativen Unterschied an. Als einen Stellvertreter in der Erklärung bezeichnet Mitteis

---

[1]) Windmüller, Rechtliche Bedenken gegen die vom Herrn Geh. Justizrat Prof. Dr. Jhering aufgestellte Theorie der Culpa in Contrahendo. In Gruchot Bd. 10. 1866. S. 214 ff.
[2]) Im Archiv f. d. ziv. Praxis Bd. 30. 1847. S. 349 ff.
[3]) Über Savignys Lehre von der Stellvertretung. 1854. S. 42.
[4]) In Buschs Archiv für Handelsrecht Bd. 21, S. 288 ff.
[5]) Die Stellvertretung in Rechtsgeschäften. 1882. S. 5 ff.
[6]) Lehrbuch des Handelsrechts. 1886. I., S. 343.
[7]) A. a. O., S. 312.
[8]) S. 332.

den Boten[1]). Wahren rechtsgeschäftlichen Willen habe der Bote doch insoweit, als er eines wolle, die Erklärung.

Einen Stellvertreter „höchstens“ in Ansehung der Willenserklärung, nicht in Ansehung der Vornahme des Geschäfts nennt auch Arndts[2]) den Boten. Ebenso Windscheid[3]), ferner Baron[4]), der den Stellvertreter in der Erklärung, Äusserung des Willens (den Boten) von dem Stellvertreter in der Bildung des Willens unterscheidet, Wendt[5]) und Gardeike[6]).

Hierher gehört auch die Ansicht von Schliemann. Dieser Schriftsteller trennt den Überbringer eines Briefes von dem Boten, welchem eine mündliche Erklärung übertragen ist[7]). Dieser, der Spruchbote, habe an Stelle des Vertretenen die zum Abschlusse erforderliche Erklärung an den Dritten zu beschaffen, nicht bloss mitzuteilen. Er ist ihm in Bezug auf das Verhältnis zum Dritten der Bote im eigentlichen Sinne, er teilt den Willen mit, während der „Briefträger“ die Willenserklärung mitteile[8]).

Eine ähnliche Teilung zwischen dem Boten als Transportwerkzeug und dem als Erklärungswerkzeug verwendeten lehrt Regelsberger[9]).

Nach Doliński[10]) lässt sich die Frage nach dem Unterschied des Boten vom Stellvertreter nicht a priori entscheiden, wie er schon für das römische Recht erklärt[11]): „Die römischen Quellen enthalten über den Geschäftsabschluss per nuntium keine weiteren Regeln und sind auch weitergehender Deduktion unfähig.“ Keineswegs will er die Existenz und Berechtigung der Unterscheidung des Boten und des Stellvertreters leugnen (S. 94), die für einzelne Fragen, wie die nach der Perfektion des Vertrages, von Wichtigkeit sei, wenn sie auch mehr eine historische Bedeutung habe (S. 93). Auf S. 151 erfahren

---

[1]) Die Lehre von der Stellvertretung, S. 131 ff.
[2]) Lehrbuch der Pandekten, S. 226, § 76, Anm. 2.
[3]) Pandekten, I, § 73.
[4]) Pandekten, § 219, S. 385.
[5]) Pandekten, S. 117, § 47.
[6]) Vertr. unter Abwes., S. 51.
[7]) In Goldschmidts Zeitschr. Bd. 16, S. 4.
[8]) A. a. O., S. 5.
[9]) Pand., § 160, S. 586 und in Endmanns Handb. d. deutsch. Handelsrechts, II, S. 397, Anm. 5.
[10]) Haftung des Kontrahenten für seine Gehilfen bei der Abschl. v. oblig. Verträgen. 1893. S. 83.
[11]) A. a. O., S. 93.

wir dann, dass der Bote die Willenserklärung nicht bloss zu überbringen, sondern auch zu beschaffen habe. An dem geschäftlichen Auftreten nehme sowohl der Absender, als auch der Bote teil.

Unter den neuesten Schriftstellern lässt Josef[1]) den Boten die Erklärung beschaffen, seine eigene Erklärung abgeben, während Manigk[2]) die Grenzen zwischen Vertreter und Boten überhaupt nicht klar und sicher genug fixiert findet.

d) Die herrschende Ansicht.

§ 9. Die grosse Reihe der übrigen Schriftsteller stellt Boten und Stellvertreter zueinander in qualitativen Gegensatz, der von ihnen mehr oder minder scharf präzisiert wird. Das für diese Anschauung grundlegende Werk ist das 1852 erschienene, einen Überblick über den „interessanten pathologischen Entwickelungsgang der Lehre von der Stellvertretung“[3]) gebende Buch von Buchka: Die Lehre von der Stellvertretung bei Verträgen, in dem auf Seite 205 gesagt wird: „Der Nuncius hat lediglich die Aufgabe, den Willen des Prinzipals dem andern Kontrahenten zu überbringen; er ist daher bei dem Kontraktsabschluss nur das Werkzeug des Prinzipals als des eigentlichen Kontrahenten und darf nicht selbst als der juristisch Handelnde aufgefasst werden“.

Dieser Ansicht folgten: Jhering[4]), Thöl[5]), Vangerow[6]), Curtius[7]), Brinz[8]), Zimmermann[9]), Laband[10]), Wächter[11]) (der Bote ist eine unselbständige Maschine, ein Sprachrohr), Unger[12]) und Bähr[13]), der aber den Boten auf den nicht be-

---

[1]) In Zeitschr. f. Rechtspflege in Bayern Bd. 1, S. 402. 1905.
[2]) Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgesch., S. 351.
[3]) Zimmermann, Die Lehre von der stellvertretenden negotiorum gestio, S. 1, Anm. 2.
[4]) Jherings Jahrb., I, S. 274 ff.
[5]) Handelsrecht, § 72, S. 245.
[6]) Pandekten, III, § 608, Anm. I, 2b.
[7]) Arch. f. ziv. Praxis, Bd. 58, S. 70.
[8]) In Brinz-Lotmar, IV, § 578, S. 338.
[9]) Stellvertretende negotiorum gestio, S. 16 ff.
[10]) Goldschmidts Z. Bd. 10, S. 183 ff.
[11]) Pandekten, I, § 83, S. 414.
[12]) System d. röm. Privatrechts, II, § 90, S. 130 ff.
[13]) In Jherings Jahrb. für Dogmat. Bd. VI, S. 286 ff., besonders S. 295 ff.

wussten Träger des Geschäfts, wie den Briefträger, oder einen, der mechanisch die eingelernten Worte rezitiert, beschränken will. Nach Leonhard[1]) zeigt sich die Stellung der Mittelsperson erst bei der Antwort des Gegenkontrahenten. Bei der Stellvertretung sei der Vertrag mit der Erklärung an den Vertreter bindend und unwiderruflich; beim Boten bleibe dem Dritten das Recht des Widerrufs der Antwort bis zu ihrem Eingange beim Prinzipal: dieser nehme sie also entgegen.

Ernst[2]) bezeichnet den Boten als Reproduzenten, den Stellvertreter als Produzenten des Willensinhalts. Der angegebenen Ansicht über die rein mechanische Funktion des Boten und seinen Gegensatz zum Stellvertreter haben sich ferner angeschlossen: Dunkhase[3]), Schott[4]), Steinlechner[5]), Seuffert[6]), Förster-Eccius[7]), Eck[8]) und Dernburg[9]) (der Bote teilt dem Mitkontrahenten unsere Erklärungen mit)[10]).

Hierzu kommen auf Grundlage des BGB.: Maier[11]), Hölder[12]) die grösseren Abhandlungen von Fleck[13]) und Assmann[14]), die Lehrbücher und Kommentare, siehe z. B. Cosack[15]), Kohler[16]), Planck[17]), Staudinger[18]), sowie fast durchgängig die Rechtsprechung.

Über die Anerkennung, die diese Theorie im Ausland gefunden hat, vgl. Tartufari[19]) und Saleilles[20]).

---

[1]) Der Irrtum bei nichtigen Verträgen, S. 161 ff.

[2]) Theorien über die Folgen des Irrtums bei Abschl. eines Rechtsgesch. durch Mittelspersonen.

[3]) Arch. f. ziv. Pr. Bd. 77, S. 110 unten.

[4]) Der oblig. Vertr. unter Abwesenden, S. 70.

[5]) In Grünhuts Zeitschrift Bd. 4, S. 353 ff.

[6]) Die Lehre von der Ratihabition der Rechtsgeschäfte, S. 59.

[7]) Preussisches Privatrecht, S. 203, S. 421, Anm. 11.

[8]) In Jenaer Literaturzeitung, S. 68.

[9]) Pandekten, I, S. 276, § 117.

[10]) Vgl. auch Rehbein, Die Entscheid. des Preuss. Obertribunals, Bd. II, S. 554.

[11]) Der Bote. 1897.

[12]) In Arch. f. ziv. Pr. Bd. 73, S. 112.

[13]) Der Bote. Im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 15, S. 341 ff.

[14]) Rechtsstellung des Boten. 1906.

[15]) Lehrbuch des bürgerl. R., I, S. 231.

[16]) Lehrbuch des bürgerl. R., I, § 189, S. 431: Der Bote ist Willensäusserungsorgan.

[17]) Kommentar, I, S. 283 zu „Fünfter Titel", No. 2.

[18]) Kommentar zum BGB., I, zu § 120, S. 354, No. 3.

[19]) Della rappresentanza nella conclusione dei contratti. 1892. Pag. 17; pag. 14 ff.

[20]) De la déclaration du volonté; contribution à l'étude de l'acte iuridique dans le code civil allemand. 1901.

IV. Die Konstruktion der rechtlichen Stellung des Boten.

A. Die Abgrenzung des Boten nach aussen.

a) Bote und Übermittlungsanstalt.

§ 10. In der Art, wie ein Rechtsgeschäft zwischen zwei Personen durch Vermittlung eines Dritten abgeschlossen werden kann, gibt es eine grosse Anzahl von Möglichkeiten, die sich nach der steigenden Bedeutung des Mittelgliedes abstufen. Die einfachste Art des Dazwischenschiebens eines Mediums findet statt bei Benutzung des Telephons, eines Sprachrohrs. Eine Brieftaube, die von einem Teil zum andern fliegt, hat noch nicht den Willen, etwas zu übermitteln; wohl aber hat diesen ein abgerichteter Hund. Nicht mehr Wissen vom Inhalt eines Rechtsgeschäfts hat eine Mittelsperson, die im Auftrage ihres Prinzipals einen Brief überbringt, oder ein Wahnsinniger, der ohne Verständnis eingelernte Worte hersagt. Wer von einem Zettel die ihm vom Prinzipal aufgeschriebenen Worte vorliest, hat Bewusstsein vom Inhalt, noch mehr ein frei die Bestellung ausrichtender Übermittler. Am kompliziertesten sind die Fälle, in denen der Mittelsperson eine Wahl in bezug auf den Inhalt des Vertrages, die Person des Gegenkontrahenten, das Zustandekommen des Vertrages gelassen ist. Je wichtiger, ausschlaggebender diese Punkte sind, desto näher kommt die Tätigkeit dieses Mediums der eines frei Bevollmächtigten.

Wo ist hier eine Grenze zu ziehen? An welcher Stelle kann man mit Bestimmtheit sagen, dass Botentätigkeit hier aufhöre? Eins ist von vornherein klar: ein organisches Wesen muss der Bote sein; wer sich des Telephons bedient, bedient sich nicht eines Boten. Der § 120 BGB. macht einen Unterschied zwischen der zur Übermittlung verwendeten Person und Anstalt. Als solche aber muss die ganze Übermittlungseinrichtung gelten, bei der Telegraphenanstalt also die ideelle Zusammenfassung von den für den Verkehr bestimmten Apparaten, Telegraphenwegen, Austrägern usw. Wer also eine Willenserklärung durch Telegramm sendet, bedient sich keines Boten, sondern einer Anstalt[1]). Der Telegrammausträger, Briefträger, ist also kein Bote des Absenders, sondern der Anstalt. Dies ist für die Frage der Haftung wichtig.

[1]) Vgl. Motive, I, S. 203. Mugdan, S. 464.

b) Abgrenzung gegen den Stellvertreter.

§ 11. Über das Verhältnis des Boten zum Stellvertreter enthält das BGB. keine ausdrücklichen Bestimmungen. Dass es aber eine gegensätzliche Behandlung dieser beiden Begriffe anerkennen will, geht aus der ganzen Anordnung des dritten Abschnitts im allgemeinen Teil: „Rechtsgeschäfte" hervor. Im fünften Titel dieses Abschnitts, der unter der Überschrift: Vertretung und Vollmacht, das Recht der Stellvertretung im Detail regelt, ist das Botenrecht nicht berührt; der § 120, der einzige, der eine Bestimmung über den Boten enthält, und zwar über die Frage der unrichtigen Übermittlung von Willenserklärungen, ist nur eine Erweiterung des § 119 und musste infolgedessen unter dem zweiten Titel: „Willenserklärung" seine Stelle finden. Dieses gänzliche Fehlen des Begriffes des Boten bei der Lehre von der Stellvertretung, noch mehr ein Vergleich des Wortlauts des § 164 mit dem des § 120 lässt auf die Art des Unterschiedes, den das BGB. anerkennen will, schliessen. Der Vertreter gibt eine, und zwar seine eigene Willenserklärung innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht ab; der Bote ist lediglich eine Person, die zur Übermittlung einer Willenserklärung verwendet wird, also selbst weder eigenen Willen äussert, noch eine Erklärung abgeben will. Diese Ansicht findet sich in den Motiven[1]), sowie in den Protokollen[2]) bestätigt. „Unter Vertretung wird in dem Entwurf Vertretung im Willen verstanden. Wirkt jemand bei dem Zustandekommen eines Rechtsgeschäfts nur insoweit mit, als er die Willenserklärung des einen Teiles auf dessen Veranlassung dem andern Teile übermittelt, so ist er Mittelsperson, Bote"[3]).

Hiermit hat das BGB. die Auffassung zum Gesetz erhoben, die schon im gemeinen Recht die herrschende war und auf die der deutsche Sprachgebrauch hinweist. Abgelehnt ist also die Theorie Savignys, verworfen auch die mittlere Theorie, die den Boten zu einer Unterart des Stellvertreters stempelt. Vielmehr wird der Stellvertreter, der eignen juristischen Willen erklärt, von dem Boten unterschieden, der als nur tatsächliches Werkzeug auf eine Linie mit den Übermittlungsanstalten gestellt wird. Weder eine Person, noch eine Anstalt, die zur Übermittlung ver-

[1]) Motive, I, S. 203. Mugdan, I, S. 464.
[2]) Protokolle, I, S. 291. Mugdan, I, S. 739.
[3]) Motive, I, S. 223. Mugdan, I, S. 475.

wendet wird, trägt zum Zustandekommen des Rechtsgeschäfts mehr bei, als das Abnehmen des Übermittlungsweges, ministerium tantummodo praestare videtur[1]). Gewiss ist auch diese Abnahme des Überbringens ein „Handeln für einen andern". Deshalb ist der Bote aber noch nicht als Stellvertreter zu bezeichnen. Der § 164 BGB. umfasst durchaus nicht, wie Leonhard[2]) meint, die Botschaft mit, denn Vertretung im Sinne des BGB. ist nur Vertretung im Willen. Und zwar kann unter dem Willen hier nicht die psychologische oder physiologische Tätigkeit des Wollens verstanden werden; denn in dieser ist, wie Canstein[3]) hervorhebt, eine Vertretung ebenso unmöglich, wie im Denken. Vielmehr ist als Vertretung im Willen hier aufzufassen eine Vertretung in der Bestimmung des Inhalts des Willens, d. h. im Gutbefinden[4]). Eine Unbestimmtheit des Inhalts des Willens des Herrn ist aber selbst bei speziellem Mandat noch in irgend einem Punkte vorhanden, so dass also dem Vertreter immer noch Raum bleibt, „eigene rechtsgeschäftliche Tätigkeit zu entwickeln"[5]). Andernfalls liegt Botentätigkeit vor, d. h. blosse Übermittlung fremden Willens.

Daher können Rechtsgeschäfte, bei denen Anwesenheit der Parteien erforderlich ist, wohl durch Stellvertreter, nicht durch Boten abgeschlossen werden. Eine an Stelle der Partei bei Auflassung eines Grundstücks (§ 925 BGB.), Bestellung (§ 1015) oder Übertragung eines Erbbaurechts (§ 1017) mitwirkende Person ist also stets Bevollmächtigter, niemals Bote. Auch das Personenstandsgesetz verlangt in § 72 Abs. 2 bei nicht persönlicher Anwesenheit der Verlobten Stellvertretung; niemals genügt also blosse Botenеigenschaft.

c) Juristische und faktische Beihilfe.

§ 12. Ist nach den besonderen Umständen zum gültigen Abschluss eines Rechtsgeschäfts die Willenstätigkeit einer andern Person neben der Willenstätigkeit dessen, der das

---

[1]) l. 15. D. 13, 5.
[2]) Die Anfechtbarkeit der Verträge für das Vermögen eines Dritten, S. 13.
[3]) In Grünhuts Zeitschr. Bd. III, S. 678.
[4]) Vgl. Canstein, S. 675.
[5]) Entscheid. des OLG. Dresden in Rechtspr. der OLG., Bd. XIV., S. 16.

Geschäft abschliesst, notwendig, so hat diese Mitwirkung einen juristischen Charakter, wie es beim Stellvertreter der Fall ist, der zur Entfaltung seiner Tätigkeit einer Vollmacht bedarf. Ist dagegen die mitwirkende Person nur Gehilfe in äusseren Dingen, betätigt sie nicht eigenen Willen zum Zustandekommen des Rechtsgeschäftes, wie der Bote, der Offerte und Annahme zwischen den das Geschäft abschliessenden Personen brieflich oder mündlich hin- und zurückträgt, so liegt nur tatsächliche Mitwirkung vor. Zur Konstituierung solcher Botentätigkeit ist ein Auftrag nötig. Einen derartigen Unterschied zwischen faktischer und juristischer Mitwirkung gewinnt Jhering[1]) aus der Trennung der Elemente eines Rechtsgeschäfts in juristische und faktische. „Erstere", sagt er, „sind diejenigen, die für das Rechtsgeschäft rechtlich notwendig sind, sie bilden den Tatbestand, den juristischen Kern der Handlung." Er führt dann im weiteren Verlaufe aus, dass bei höheren Entwickelungsstufen des Rechts, nach dem die äussere sinnliche Form ihre Bedeutung verloren, nur noch der ganz abstrakte Wille, der in beliebiger Form geäusserte Entschluss übrig bleibe. Verschiedenfach ist hiergegen geltend gemacht[2]), dass in praxi der Erklärungsmodus vom Willen nicht zu trennen und juristisch erheblicher Bestandteil des Rechtsgeschäfts sei. Verfolgt man diesen Einwurf weiter, so kann man leicht zu dem Schluss kommen, auch dem Boten einen Anteil am rechtsgeschäftlichen Willen zuzuerkennen und ihn dann als Stellvertreter in der Erklärung zu bezeichnen. Der Erklärungsmodus ist jedoch nur insoweit juristisches Element, als er dazu dient, den Entschluss nach aussen hin kundzugeben. Das hat auch Jhering nie geleugnet[3]). Insoweit aber ist der Herr allein der Erklärende. Nur die so unendlich mannigfaltigen Formen der Äusserung, „die im einzelnen Fall ungleich voller, breiter, gedehnter sein können, als absolut notwendig wäre", sind faktische Elemente der Äusserung. Daher verliert der Gehilfe noch nicht die Eigenschaft als Bote, wenn die Wahl der Worte der aufgetragenen Erklärung ihm überlassen ist[4]). Gareis unterscheidet von dem essentiell mitwirkenden Gehilfen, den nur akzidentell mitwirkenden.

---

[1]) Jherings Jahrb. I, S. 275.
[2]) Laband, S. 191; Scheurl, in Jherings Jahrb. II, S. 2; Maier, S. 13.
[3]) S. 276, 277.
[4]) S. Staudinger, S. 464, No. 3. Vgl. hierzu auch Zimmermann, Die Lehre von der stellvertr. negotiorum gestio, S. 17.

Dieser ist faktischer Gehilfe, er gibt den Willen als fremden ab[1]).

Faktische Dienste aber leistet auch der, der eine Sache zu überbringen, nicht nur, wer eine Willenserklärung zu übermitteln hat. Für Leonhard[2]) gibt es Botendienste nur zur Übermittlung geäusserter Gedanken, nicht für Besitzerwerb, Ergreifen einer Sache, Dereliktion usw. Im Einklang mit dem Sprachgebrauch müssen wir aber auch hierfür Botentätigkeit, nicht nur Stellvertretung für zulässig halten. Denn der Diener, der auf meinen Auftrag einen Gegenstand einer andern Person überbringen soll, der eine Sache für mich fortwerfen, am Strande eine Muschel für mich aufheben soll, hat eine rein mechanische Aufgabe und tut zu seiner Handlung nicht mehr eigenen Willen hinzu, als der Überbringer eines Briefes oder einer mündlichen Botschaft. Auch Ulpian spricht von dem, qui rem perferendam, vel epistolam vel nuntium perferendum suscepit.

B. Die Bedeutung des Auftretens des Boten.

a) Mündliche und schriftliche Willenserklärung durch Boten.

§ 13. Aus der rein übermittelnden Tätigkeit des Boten, seinem Hauptcharakteristikum, muss nun auch die Frage nach seiner Tätigkeit abgeleitet werden. Es ist ganz ausgeschlossen, dass jeder alle seine Angelegenheiten selbst besorgt. Es wäre zu umständlich und viel zu bedenklich, in allen den Fällen, in welchen es nur darauf ankommt, fest fixierte Erklärungen einem andern zukommen zu lassen, einen Vertreter mit umfassender Vollmacht abzusenden. Darin beruht die wirtschaftliche Wichtigkeit des Boten, dass es uns ermöglicht wird, rein faktische, keiner selbständigen Entschliessungen mehr bedürftige Übermittelungen durch andre ausführen zu lassen, ohne uns unserer Selbständigkeit zu begeben.

Eine solcher Art durch Boten überbrachte Willenserklärung hat dieselben Wirkungen, wie eine persönlich dem andern Teile gegenüber abgegebene. Sie wird aber juristisch komplizierter durch den sich zwischen den Beginn der Erklärung und die Kenntnisnahme einschiebenden zeitlichen Zwischenraum. Es entsteht die Frage, wann eine

---

[1]) Vertr. zugunsten Dritter, S. 5 ff.
[2]) Anfechtung, S. 17.

durch Boten übermittelte Willenserklärung vollendet ist. Ist sie es im Augenblicke der Übergabe des Briefes an den Boten, oder der Ablieferung seitens des Boten an den Adressaten, oder im Augenblick der Kenntnisnahme seitens des Empfängers? Ist sie es mit der mündlichen Beauftragung des Boten oder zur Zeit der Ausrichtung der Botschaft?

Eine Willenserklärung ist der nach aussen kundgegebene Wille des Erklärenden. Er wird, wenn er durch eine Mittelsperson überbracht werden soll, der Regel nach ausdrücklich geäussert werden. Indessen genügt Kundgebung durch konkludente Handlungen in dem Fall, wenn die Beauftragung des Boten selbst durch stillschweigende Willenserklärung erfolgt oder auf die später folgende Kundgebung des Inhalts der Botschaft durch konkludente Handlungen Bezug nimmt. Die Willenserklärung ist nicht, was gelegentlich auch darunter verstanden wird, der Erklärungsakt, „das Erklären", auch nicht das die Erklärung enthaltende Schreiben, sondern stets der — in beliebiger Form geäusserte — Inhalt. Soll dieser einem andern mitgeteilt werden, so kann entweder seine Verkörperung — in einem Schriftstück oder der Phonographenwalze — oder der blosse Gedanke — in mündlicher Form oder durch Fernsprecher — übermittelt werden. Der zwischen diesen beiden Erklärungsarten bestehende Unterschied bezieht sich besonders auf die Art der Kenntnisnahme, die Möglichkeit ihrer Wiederholung und die Gefahr der Entstellung. Während schon früher Schliemann[1]) und Regelsberger[2]) den Boten als Transport- und als Erklärungswerkzeug unterschieden haben, haben besonders neuere Theoretiker auf die Wichtigkeit dieser Trennung von mündlicher und schriftlicher Übermittelung hingewiesen[3]).

Was nun die Frage nach dem Zeitpunkt der Vollendung einer Willenserklärung betrifft, so ist es zunächst klar, dass eine von Person zu Person gerichtete mündliche Erklärung mit ihrer Abgabe gegenüber dem sie verstehenden Gegner vollendet ist und wirksam wird. Denn Erklärungs- und

---

[1]) In Goldschmidts Z. Bd. 16, S. 4 ff.
[2]) Pandekten, § 160, S. 586.
[3]) S. besonders die grösseren Aufsätze von Titze, Der Zeitpunkt des Zugehens bei empfangsbedürftigen schriftlichen Willenserkl. In Jherings Jahrb. Bd. 44, S. 379 ff; Breit, Im Sächs. Arch. Bd. 15, S. 637 ff; Örtmann, Im Recht Bd. 10, S. 721 ff. und zitierte. Ferner Marcus, Im Recht Bd. 11, S. 45, gegen Fleck.

Vernehmungsakt gehen gleichzeitig vor sich. Für alle schriftlichen ankunftsbedürftigen Willenserklärungen aber fallen Niederschrift, Einlauf beim Adressaten und Kenntnisnahme zeitlich auseinander. Massgebend für das Eintreten der Wirksamkeit der Erklärung ist nach § 130 BGB. (wie schon nach Art. 320 HGB. und I, 5 §§ 103 ff. ALR.) für Willenserklärungen unter Abwesenden — und das sind schriftliche Erklärungen stets, auch dann, wenn sie vom Absender in einer dem Adressaten verbleibenden Urkunde persönlich überreicht sind, da sich stets zeitliche Zwischenräume zwischen Niederschrift, Übergabe an den Empfänger und Kenntnisnahme einschieben — der Zeitpunkt des Zugehens der Erklärung bei dem Adressaten. Von diesem Eintritt der Wirksamkeit ist aber der Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung zu unterscheiden, der Augenblick, von welchem ab die Willenserklärung als vollendete besteht. Gegen Leonhard (S. 283 ff), Landsberg (S. 178 ff.), Hölder (zu § 130 Nr. 4) und Crome (§ 88a E) weisen Eck (Vorträge, Bd. I, S. 165), Matthiass (§ 49, III B) und besonders Dernburg (§ 132, II, 1) und Örtmann[1]) auf die Selbständigkeit des Vollendungszeitpunktes der Erklärung hin, gegenüber dem Augenblick, in dem der volle Tatbestand vorliegt, den das Gesetz für seine Wirksamkeit verlangt. Im § 130 Abs. 1 BGB. wird ausdrücklich zwischen dem Abgabezeitpunkt und dem Zugang, dem Eintritt der Wirksamkeit unterschieden. Da nach Abs. 2 der Tod des Erklärenden zwischen Abgabe und Zugang auf die Wirksamkeit der Erklärung ohne Einfluss ist, musste diese schon zur Zeit des Todes vollendet worden sein. Auch muss, wie Dernburg argumentiert, eine Erklärung, die zugehen soll, schon vollendet sein. Denn was nicht besteht, kann nicht übermittelt werden. „Das Zugehen der Erklärung", führt Örtmann (a. a. O.) aus, „ist somit nicht deren eigener Bestandteil, sondern ein weiteres, seinerseits nicht erklärungsartiges Tatbestandsmoment, das nach dem Gesetz erfüllt sein muss, damit die Erklärung Wirkungen zeitige". Das Merkmal für die Vollendung der schriftlichen Willenserklärung ist, dass der Erklärende das seinerseits Erforderliche getan hat, d. h. nicht nur die Erklärung aufgeschrieben, sondern den Brief durch die Post oder den Boten abgeschickt hat. Zu dem, unter die Rechtsbedingungen (condiciones iuris)[2]) zu rechnenden Begriffe

[1]) Zugehen und Vernehmen. Im Recht Bd. 10, S. 721 ff. mit umfassenden Literaturangaben.

[2]) S. Örtmann a. a. O.

des Zugehens einer Willenserklärung gehört, dass das die Erklärung enthaltende Schreiben in den Machtbereich des Adressaten gekommen ist, und dieser nach der Verkehrsauffassung verpflichtet ist, von dem Inhalt des Briefes Kenntnis zu nehmen — gleichviel ob er es tut oder nicht[1]). Zu dem Erlangen der tatsächlichen Verfügungsgewalt kommt als weiteres Erfordernis rechtswirksamen Zugangs die „verkehrsübliche Art“[2]), so dass also ein dem Empfänger ohne sein Wissen durchs Fenster gesteckter und von ihm unbemerkt gebliebener Brief nicht im Sinne des Gesetzes zugegangen ist. Neben der verkehrsüblichen Art einen verkehrsüblichen Zeitpunkt zu konstruieren, dass etwa ein in der Nacht in den an der Wohnung des Empfängers angebrachten Briefkasten geworfener Brief erst am Morgen darauf, dem Zeitpunkt, an welchem der Empfänger von dem Schreiben Kenntnis zu nehmen verpflichtet wäre, als zugegangen zu gelten hätte, ist nicht erforderlich[3]). Denn von der Pflicht, sofort zu antworten, befreit den Empfänger der § 147 Abs. 2: Die Antwort muss bis zu dem Zeitpunkt erfolgen, in welchem der Antragende ihren Eingang unter regelmässigen Umständen erwarten darf. Dieser Zeitpunkt ist regelmässig erst der nächste Morgen. Zeitpunkt des Zugangs bleibt dagegen der Augenblick des Einwurfs des Briefes in den Briefkasten am Hause des Empfängers.

In dem Falle der Übermittlung einer schriftlichen Willenserklärung[4]) hat der Bote also die Aufgabe, die vollendete, schriftlich fixierte Erklärung seines Herrn zu überbringen, mag die Entfernung eine grosse sein oder ein Transport von einem Tische zum andern in demselben Raum vorliegen.

Anders verhält es sich bei der mündlichen Erklärung. Hier wird nicht die in eine feste Form kristallisierte Erklärung überbracht, sondern der reine Gedankeninhalt. Es ist nichts Materielles, was vom Absender zum Empfänger gelangt, nichts was dem Empfänger als Zeichen, als Beweis der Erklärung dauernd zurückbleibt. Bei der mündlichen Erklärung von Person zu Person fällt, wie wir sahen, Ab-

---

[1]) Entsch. d. RG. Bd. 50, S. 191 ff.; Bd. 56, S. 262 ff., Bd. 58 S. 406 ff.; Bd. 60, S. 335 ff.

[2]) RG. Bd. 50, S. 194.

[3]) Anders: Goldmann-Lilienthal, BGB., I, § 46, S. 170; Planck, I, § 130 Anm. 1, S. 234.

[4]) Diese Ausdrucksweise ist nach Hölders treffender Bemerkung präziser als: Die schriftliche Übermittlung einer Willenserklärung.

gabe und Vernehmung zusammen. Jede mündliche Erklärung ist ein einheitlicher Akt; er verträgt nicht die zum Begriff der schriftlichen Erklärung gehörige Trennung in Vollendung und Wirksamkeit. In dem Wiederholen der Worte seitens des Erklärenden dem Adressaten gegenüber, der die erste Erklärung etwa nicht verstanden hat, liegt also eine neue Erklärung. „Sind die Laute verhallt," führt Koppers[1]) aus, „ohne dass sie der Empfänger gehört hat, so können sie überhaupt nicht mehr zu seiner Wahrnehmung gelangen. In dem Augenblick, in welchem die Worte gesprochen werden, müssen daher alle Vorbedingungen für das Zustandekommen der Willenserklärung gegeben sein. Liegen sie in diesem Augenblick nicht vor, so ist die Erklärung endgültig gescheitert."

Wird die mündliche Erklärung nun nicht persönlich, sondern vermittels eines Boten abgegeben, so wird ein zeitlicher Zwischenraum vor die endgültige Vollendung der Erklärung eingeschoben. Die Worte, die die Botschaft enthalten und die persönlich nur der Bote vernimmt, werden durch dessen Vermittlung an den Adressaten weitergegeben, so dass die eigentliche Willenserklärung von dem Absender an den, für den sie bestimmt ist, abgegeben wird. Und zwar ist die Erklärung dann vollendet, wenn sie der Adressat vernimmt. Dass dies die Ansicht des BGB. ist, ergibt sich aus der Fassung des § 120. Dieser regelt den Fall, dass die Erklärung dem Adressaten nicht so zugeht, wie sie der Mittelsperson gegenüber ausgesprochen war, sondern durch unrichtige Übermittlung entstellt. Die Anfechtungsmöglichkeit der Erklärung, die der § 120 hier dem Absender gewährt, ist nur unter der Voraussetzung erforderlich, dass eine Erklärung des Absenders an den Adressaten vorliegt. Wäre keine solche Erklärung vorhanden, so wäre die Anfechtung unbegründet und unmöglich. Nicht der Herr übergibt also dem Boten die fertige Erklärung zur Übermittlung, sondern es ist der Bote, welcher hier für seinen Herrn die Erklärung abgibt, oder präziser ausgedrückt: der Herr gibt durch den Boten im Augenblick der Ausrichtung der Botschaft seitens des Boten an den Adressaten die Erklärung ab[2]).

Wir müssen daher mündliche Erklärungen durch Boten

---

[1]) Die vollend. empfangsbed. mündl. Willenserkl. in Gruchot Bd. 46, S. 227.

[2]) S. Örtmann a. a. O., S. 727, Anm. 4.

für Erklärungen unter Anwesenden ansehen — sie fallen also nicht unter § 130 BGB. — während schriftliche Willenserklärungen durch Boten Abwesenheitserklärungen sind. Für diese Ansicht sind eingetreten: Fleck[1]), Düringer-Hachenburg[2]), Goldmann-Lilienthal[3]), Planck[4]), Örtmann[5]), wohingegen früher vielfach mündliche und schriftliche Botenerklärungen als Abwesenheitserklärungen zusammengefasst wurden. In diesem Sinne entschied das Reichsoberhandelsgericht (1876), dass Art. 318 HGB. — Antrag unter Gegenwärtigen — nicht vorliege, wenn sich der eine oder der andre Kontrahent eines blossen Vermittlers, d. h. eines Boten im Gegensatz zum Bevollmächtigten, bediene, selbst wenn sich die Kontrahenten an demselben Orte befänden, sich aber nicht persönlich besprächen[6]). Ebenso Staub[7]): „Die Vermittlung eines Antrages durch einen Boten reicht dazu nicht aus, um die Anwendbarkeit des Abs. 1 (des § 147 BGB.) zu begründen, selbst wenn es sich um Bewohner derselben Stadt oder gar desselben Hauses handelt; vielmehr liegt in solchem Falle ein Verhandeln unter Abwesenden vor".

Die Rolle, die der Bote bei Übermittlung mündlicher Willenserklärungen auszuführen hat, lässt sich mit der des Telephons vergleichen. Die Grösse der räumlichen Entfernung kommt hierbei ebensowenig in Betracht, wie bei schriftlichen Erklärungen. Halten sich Absender und Adressat im gleichen Raume auf, so ist demnach die Willenserklärung erst dann perfiziert, wenn sie der Bote dem andern Teile abgegeben hat, auch wenn dieser die Bestellung an den Boten vernommen hat[8]). Denn diese war keine Erklärung dem Empfänger gegenüber.

Beauftragt der Herr den Boten schriftlich, etwas mündlich zu bestellen, so liegt mündliche Botenübermittlung vor; denn der Brief des Absenders an den Boten war nicht zur Abgabe an den Gegner bestimmt. Schreibt andrerseits der Bote den ihm mündlich gewordenen Auftrag auf und lässt dies Schriftstück dem Empfänger zukommen, so kommen

---

[1]) In Arch. f. bürgerl. R. Bd. 15, S. 413—414.
[2]) HGB., II, S. 26.
[3]) BGB., I, S. 173.
[4]) Kommentar, § 130, No. 4.
[5]) A. a. O., S. 727.
[6]) Seufferts Arch. Bd. 32, No. 165, S. 208.
[7]) Kommentar zum HGB., Exkurs zu § 361 Anm. 25, S. 1140.
[8]) Düringer-Hachenburg, II, S. 26.

die Grundsätze der schriftlichen Erklärung mit der Massgabe zur Anwendung, dass die Erklärung vollendet ist im Augenblick, wo der Bote sich ihrer entäussert hat, wirksam wird im Moment des Zugehens. Hält der Bote dem Adressaten, weil dieser z. B. taub ist, einen Zettel mit der Erklärung zum Lesen vor, ohne ihn beim Adressaten zurückzulassen, so fallen Entäusserung der Erklärung und Kenntnisnahme zusammen, der Empfänger bekommt kein materielles Substrat in Besitz und die Erklärung wird wie eine mündliche behandelt.

Bei den Fällen der mündlichen Erklärungsübermittlung ist somit der Begriff des Zugehens gänzlich ausgeschaltet. Das BGB. bringt selbst diesen Ausdruck nur für Willenserklärungen unter Abwesenden, während es die Behandlung der Erklärungen unter Anwesenden vollständig der Wissenschaft überlassen hat. Ein Teil der Theoretiker verlangt auch für Erklärungen unter Anwesenden nur ein „Zugehen" als Erfordernis des Wirksamwerdens[1]), während von andern noch ein weiteres Moment, die Kenntnisnahme seitens des Empfängers gefordert wird. Eine übersichtliche Darstellung über die verschiedenen Anforderungen der einzelnen Schriftsteller gibt Örtmann[2]). Während dem einen eine Erklärung in Anwesenheit des Gegners genügt, andre wenigstens eine Möglichkeit des Vernehmens verlangen, stellen die meisten als Erfordernis tatsächliches Vernehmen auf[3]). Vernommen werden können aber nur mündliche Erklärungen, ebenso wie allein schriftliche Erklärungen zugangsfähig sind. Nicht Anwesenheit und Abwesenheit sind daher die wesentlichen Gesichtspunkte bei Beurteilung übermittelter Willenserklärungen, sondern ob die Erklärung in einer Urkunde verkörpert ist oder nicht. Dieser Gedanke hat besonders deutlichen Ausdruck gefunden in den Aufsätzen von Koppers[4]), Breit[5]) und Örtmann[6]).

Bei jeder schriftlichen Erklärung — mag sie überbracht oder selbst übergeben sein — ist der Zugang ge-

---

[1]) S. RG., Bd. 61, S. 127, wo von dem „Zugehen" einer telephonischen Erklärung die Rede ist.

[2]) Zugehen und Vernehmen. Im Recht Bd. 10, S. 721 ff.

[3]) S. Düringer-Hachenburg, II, S. 25; David, Verhinderung bei Abgabe einer empfangsbedürftigen Willenserkl. In Gruchot Bd. 46, S. 232 ff.

[4]) Die Vollendung empfangsbedürftiger mündlicher Willenserklärungen. In Gruchot Bd. 46, S. 225 ff.

[5]) Adressierungsbedürftige Rechtsgeschäfte. Im Sächs. Arch. 1905, Bd. 15, S. 637 ff.

[6]) A. a. O.

setzliches Erfordernis der Wirksamkeit. Denn „zugehen kann nur etwas sinnlich Wahrnehmbares, real Vorhandenes, nicht die Erklärung als Akt, sondern die Verkörperung der Erklärung durch Schriftzeichen oder sonstige Beurkundungsmittel“ (Örtmann a. a. O.). Eine mündliche Erklärung, ein irrealer Gedankeninhalt ist nicht zugangsfähig; es ist daher „die durch Boten (mündlich) vermittelte Erklärung für einen Zugang von vornherein ungeeignet, nur vernehmungs-, nicht empfangsfähig“ (Örtmann). Hat der Gegner aus irgend welchem Grunde die Erklärung, die der Bote ihm gegenüber aussprach, nicht vornommen, sei es, dass er taub war, oder bewusstlos oder mit andern im Gespräch begriffen, so ist die Erklärung nicht abgegeben[1]). Es ist Sache des Boten, sich davon zu überzeugen, ob die Willenserklärung von dem andern aufgefasst worden ist. Natürlich kann sich aber niemand darauf berufen, dass er die Erklärung nicht verstanden habe, wenn er in dem Boten vorsätzlich den Schein, dass er die Botschaft vernommen, erweckt hatte. Denn dies wäre eine arglistige, auf die Erregung eines Irrtums in dem Erklärenden berechnete Handlung.

Nicht aber kann der Adressat die Ausrichtung der Botschaft dadurch vereiteln, dass er den Boten beständig ignoriert oder sich die Ohren zuhält. In diesem Fall ist die Erklärung doch abgegeben und der Erklärende hat gegen den andern Teil, der sich darauf beruft, dass er die in seiner Gegenwart abgegebene Erklärung nicht gehört habe, die Einrede der Arglist.

Lässt der Adressat den Boten aber überhaupt nicht vor, so kann das alleinige Erscheinen des Boten an der Tür noch nicht als Abgabe gelten. Denn eine Verpflichtung, sich sprechen zu lassen, kann durch ein zwischen dem Absender des Boten und dem Adressaten bestehendes besonderes Vertragsverhältnis begründet werden; besteht aber, wenn dieser Fall nicht vorliegt, nicht[2]). In diesem Falle muss deshalb der Erklärende zu einer andern Erklärungsform, etwa der schriftlichen übergehen. David[3]) ist darin beizupflichten, dass er eine lediglich hierdurch veranlasste Verspätung dem Erklärenden unschädlich sein lässt, wenn der Gegenseite in der Vereitelung des Versuchs, ihr die Er-

---

[1]) S. Rehbein, I, zu § 124, No. 2, S. 122; Crome, I, S. 392.
[2]) Rehbein, BGB., I, S. 122, No. 2; Goldmann-Lilienthal, I, S. 173; Koppers, S. 230; Breit, S. 662.
[3]) A. a. O., S. 237.

klärung in ihrer Gegenwart abzugeben, ein Verstoss wider Treu und Glauben zur Last fällt.

Die Frage nach dem Zeitpunkt der Vollendung einer durch Boten überbrachten Willenserklärung ist dann von besonderer Bedeutung, wenn die Erklärung nicht direkt an den Adressaten, sondern an einen Hausgenossen gelangt. Eine schriftliche Erklärung wird nach § 130 Abs. 1 BGB. im Augenblick des Zugangs wirksam und somit unwiderruflich, also in dem Moment, in dem der Bote das Schreiben dem Empfänger selbst oder einem Hausgenossen abgibt, den Brief durch die Türspalte schiebt oder in den Briefkasten des Adressaten wirft. Zugegangen ist die Erklärung auch dann, wenn der Bote dem Adressaten, den er auf der Strasse trifft, den Brief überreicht. Ein auf der Strasse dem Dienstmädchen des Gegners abgegebenes Schreiben ist dagegen erst dann zugegangen, wenn dasselbe den Brief dem Adressaten oder in dessen Wohnung abgegeben hat[1]). Denn der Dienstbote ist hier Substrat des Boten, der sich den Weg erspart.

Anders steht es mit mündlichen Erklärungen; denn diese sind erst mit der Kenntnisnahme seitens des Adressaten perfekt. Nach einer Reichsgerichtsentscheidung vom 29. März 1905[2]) wird Zugehen für genügend erklärt, wenn die Erklärung in Abwesenheit des Adressaten mündlich einem Hausgenossen abgegeben werde, falls dieser nur die erforderliche geistige Fähigkeit zur Wiedergabe der Erklärung an den Adressaten besass, was bei erwachsenen Hausgenossen in der Regel anzunehmen sei, jedenfalls aber feststehe, wenn die Erklärung richtig wiedergegeben sei. Gegen diese Entscheidung wendet sich Hellwig[3]), indem er besonders die Folge als unhaltbar bezeichnet, dass der Adressat die Gefahr trage, wenn eine Erklärung an sein (erwachsenes) Dienstmädchen abgegeben werde und dieses (trotz seiner sonstigen Zuverlässigkeit) die Erklärung gar nicht, oder falsch übermittle, jedenfalls aber dann, falls es dies, wenn auch erst nach Wochen, täte.

Ein solcher Hausgenosse, der für seinen Herrn eine mündliche Erklärung entgegennimmt, kann, wie Hellwig weiter ausführt[4]), drei verschiedene Stellungen haben. Er kann den

---

[1]) Planck, § 130 Anm. 1, S. 234.

[2]) Entscheidung des RG., Bd. 60, S. 334 ff.; abgedruckt in Jur. Wochenschr. 1905, Bd. 34, S. 317.

[3]) Jur. Wochenschr., Bd. 34, S. 356 ff.

[4]) A. a. O., S. 357.

Charakter eines Bevollmächtigten haben, den eines Boten und endlich kann er Vertreter ohne Vertretungsmacht sein.

Zur Beurteilung dieser Möglichkeiten müssen wir kasuistisch vorgehen. Ist der Hausgenosse z. B. Prokurist oder Kommis des Adressaten, d. h. eine Person, die „in typischer Weise für vom Prinzipal ermächtigt gilt, Offerten entgegenzunehmen“ [1]), so wird die Erklärung in dem Augenblick wirksam, wo sie dem Vertreter gegenüber abgegeben wird [2]).

Ist aber der Hausgenosse ein Dienstmädchen oder die Frau des Adressaten, so ist der Regel nach keine Bevollmächtigung anzunehmen. Nach Hellwig [3]) soll hier nun Stellvertretung ohne Vertretungsmacht vorliegen, so dass eine von der Frau des Adressaten angenommene mündliche Erklärung der Genehmigung des Adressaten, die dann mit rückwirkender Kraft erfolgte, bedürfte. Denn es widerspräche der Verkehrssitte völlig, wenn man in Zweifelsfällen annehmen wollte, dass eine solche Mittelsperson, mit welcher kein ausdrücklicher Kontrakt seitens des die Erklärung ausrichtenden Boten vorgenommen sei, eine Geschäftsbesorgung für diesen übernehmen sollte und wollte.

Noch viel weniger wird es dagegen in der Parteiabsicht liegen, eine solche Mittelsperson, die eine rein mechanische Übermittlung zu besorgen hat, zum Stellvertreter zu stempeln. Vielmehr müssen wir sie als Unterboten, als weiteren Boten des Hauptboten betrachten, der (der zweite Bote) durch stillschweigenden Vertrag die Weiterbesorgung der Erklärung an den Adressaten übernimmt.

Diese Feststellung ist wichtig für die Frage, wie lange der Absender seine Offerte zurücknehmen kann. Die Entscheidung muss dahin erfolgen, dass der Widerruf solange zurecht kommt, bis der Bote den Brief dem Adressaten oder seinem Hauspersonal abgegeben hat. Eine dem Dienstboten abgegebene briefliche Willenserklärung kann also schon dann nicht mehr annuliert werden, wenn sie dem Prinzipal auch noch nicht weitergegeben ist. Eine mündliche Botenerklärung kann von dem Herrn solange zurück-

---

[1]) Fleck, S. 412.

[2]) RG., Bd. 61, S. 127. S. auch Marcus, Im Recht Bd. 11, S. 46: „Ist der Bote zum Adressaten oder dessen zur Entgegennahme von Mitteilungen an seiner Stelle befugten Hausgemeinschafts- oder Geschäftsangehörigen gelangt und hat dort die schriftliche Mitteilung abgegeben, die mündliche ausgerichtet, so ist sie zugegangen“, d. h. sie ist wirksam.

[3]) A. a. O., S. 358.

gezogen werden, bis der Bote die Bestellung dem Adressaten persönlich gemacht hat. Es ist das gerade so, wie wenn man sich einen Brief von der Post zurückgeben lässt. Ist die Bestellung an einen Hausgenossen ergangen, so ist die Erklärung unwiderruflich geworden mit der Abgabe, wenn der Hausgenosse Bevollmächtigter war. War er das nicht, hatte er also die Rolle eines Boten des Boten, so kommt ein Widerruf noch solange zurecht, bis der Hausgenosse die Bestellung seinerseits an den Adressaten gemacht hat.

b) Der Vertrag durch Boten.

§ 14. Diese Gesichtspunkte haben ausser für die Betrachtung der Wirksamkeit von Willenserklärungen ihre Bedeutung für die Vertragslehre. Im § 147 macht das BGB. mit praktischen Konsequenzen einen Unterschied zwischen Anträgen an Anwesende und an Abwesende. Ein einem Anwesenden gemachter Antrag kann nur sofort angenommen werden, während die Annahme einer Offerte an einen Abwesenden in einer angemessenen Zeit zu erfolgen hat. Eine durch Boten schriftlich überbrachte Offerte ist ein Antrag unter Abwesenden; die Antwort muss also in angemessener Zeit erfolgen. Bei einem mündlichen Botenantrag dagegen, einer Willenserklärung unter Anwesenden, muss sich der Empfänger sofort entscheiden.

c) Der Bote als Erklärungsempfänger.

§ 15. Wie steht es nun, wenn der Offertenempfänger seine Antwort dem Boten, der ihm die Offerte mündlich gebracht hat, sofort mitgibt? Wann ist hier die Antworterklärung vollendet und damit der Vertrag zustande gekommen? Zur richtigen Beurteilung dieser Fragen muss man folgende Möglichkeiten in Erwägung ziehen:

1. Der Bote, der die Offerte überbringt, ist Bote des Offerenten auch in bezug auf die Antwort, die er von dem Oblaten seinem Herrn zurückbringt. Er ist Äusserungsempfangsorgan[1]), Briefkasten, Hörrohr. Dann ist es sicher, dass das Geschäft noch nicht dann perfekt ist, wenn der Gegner die Antwort dem Boten gegeben hat, sondern erst dann, wenn sie der Bote seinem Herrn ausgerichtet hat.

2. Der Antwortsbote ist Bote des Gegners. Auch in

[1]) Kohler, Lehrb., I, § 189, S. 431.

diesem Fall kommt der Vertrag erst durch die Überbringung des Boten an den Absender der Offerte zustande. In beiden Fällen (1. und 2.) ist Widerruf bis zum Anlangen des Boten beim Offerenten zulässig.

3. Eine dritte Möglichkeit ist, dass der Bote die Stellung eines zur Entgegennahme der Antwort Bevollmächtigten hat. In diesem Fall wäre der Gegner schon dann an seine Antwort gebunden, wenn der Bevollmächtigte sie vernommen hat.

4. Geriert sich der Bote, ohne Vertretungsmacht zu haben, als Stellvertreter, so ist er falsus procurator und die ihm gegenüber vorgenommene Akzeptions- oder Ablehnungserklärung nach § 180 Abs. 3 zu beurteilen; es liegt also in der Hand des Offerenten, das Rechtsgeschäft durch seine Genehmigung zur Wirksamkeit zu bringen.

Hellwig[1]) stellt den Grundsatz auf, der Bote sei nur ein Werkzeug zur Übermittlung, niemals zum Empfang einer Willenserklärung. Nur der Erklärende könne sich eines Boten bedienen, niemals der eine Erklärung in Empfang nehmende. Dieser Anschauung schliesst sich Assmann[2]) an.

Hiergegen ist zu bemerken, dass es einerseits mit dem Begriffe des Boten, als eines rein mechanischen Werkzeugs wohl vereinbar ist, dass er eine Erklärung nicht bloss von seinem Herrn zu einem andern, sondern auch zu seinem Herrn bringe. Andrerseits aber wird es selten im Willen des Absenders liegen, dass eine zur blossen Übermittlung verwendete Person, wie es Hellwig will, dann, wenn ihm aufgetragen ist, auf Antwort zu warten, Bevollmächtigtenstellung für den Empfang der Antwort bekommt, besonders wenn ihm der Gegner eine schriftliche Erwiderung mitgibt. Denn dann hat die Mittelsperson, wenn der Brief verschlossen ist, nicht einmal die Möglichkeit, von der Erklärung Kenntnis zu nehmen.

Die Folgen, die die Hellwigsche Theorie für die Praxis haben würde, wären unzuträgliche. Cosack[3]) bildet ein Beispiel, in dem A dem B zwei Ochsen zum Kauf anbietet und zwar durch seinen Knecht, der gleich auf Antwort warten soll. B antwortet, dass er ablehne, der Knecht bestellt aber Annahme. Wäre der Knecht hier Bevoll-

[1]) A. a. O., S. 357.
[2]) S. 68.
[3]) Lehrbuch, I, S. 226.

mächtigter, so müsste der Kauf schon durch die Annahmeerklärung an den Knecht perfekt geworden sein, eine Folgerung, die auch Assmann, der Botentätigkeit zum Empfange nicht anerkennt, verwirft.

Wir müssen also daran festhalten, dass eine als Antwortträger verwendete Person Bote bleibt. Und zwar bleibt er Bote des Offerenten, wenn dieser ihm die Weisung, auf Antwort zu warten, gegeben hat. Fehlt diese Weisung, so wird er Bote des Antwortenden[1]).

In dem obigen Cosackschen Beispiel ist daher die falsche Mitteilung des Boten für B belanglos. § 120 BGB. findet keine Anwendung und eine Anfechtung ist nicht erforderlich. Da es nur bei Vorliegen des § 120 in der Hand des Irrenden bei Vorkommen eines Irrtums liegt, ob er das Rechtsgeschäft anfechten will oder nicht, kann B die Mitteilung des Boten nicht mehr gelten lassen, wird aber auch, da die Mitteilung des Boten an A ungültig ist, nicht schadensersatzpflichtig[2]).

Da eine durch Boten mündlich abgegebene Willenserklärung eine Erklärung unter Anwesenden ist, muss sich der Oblat sofort erklären; andernfalls wird die Offerte für ihn unverbindlich. Ist dem Boten gesagt, er solle auf die Antwort warten, so wird sich der Oblat gewöhnlich dieses Boten als Antwortträgers bedienen, da eine Verspätung auf dem Rückweg im Verhältnis zu dem Dritten dem Offerenten, d. h. dem Herrn des Boten zur Last fiele. Ein von dem Antwortenden gewählter andrer Beförderungsweg würde nichts schaden, sofern nur die etwa durch die Post gesendete Depesche noch vor dem, wenn auch säumigen Boten eintrifft.

Hat der Herr keine Weisung bezüglich des Weges der Antwort gegeben, so steht dem Gegner die Art der Übermittlung ganz frei. Bedient er sich derselben Person, die die Offerte brachte, so trägt er die Folgen etwaiger Säumnis; denn es ist nun sein Bote und der Offerent hat bei einem auf diese Weise verspäteten Eingang die Anzeigepflicht des § 149 BGB., falls er die Annahme nicht gelten lassen will.

---

[1]) Für die Möglichkeit, dass der Bote auch Erklärungsempfänger sein könne, sprechen sich aus: Arndts, Pand., S. 116; Monich, Willenserkl. u. Rechtsgesch., S. 83; Dernburg, Pand., S. 273; Leonhard, Anfechtbarkeit, S. 13; Rehbein, I, S. 251; Crome, I, S. 451 Anm. 2; Kohler, § 189, I, S. 431; Staudinger, I, S. 466, Vorbem. 6 zu § 163; Marcus, Im Recht Bd. 11, S. 45.

[2]) Goldmann-Lilienthal, I, S. 151 Anm. 9.

Man kann sagen, dass nach § 147 eine gesetzliche Präsumption bestehe, dass ein zur Abgabe einer Offerte Bevollmächtigter auch zur Annahme ihrer Antwort bevollmächtigt sei, während einem Boten nur bei Ausdrücklichkeit sofortige Antwort mitgegeben werden muss, damit er seine Qualität als Bote des Absenders behalte.

So sagt Schliemann[1]), der Bote vertrete den Mandanten nur in bezug auf die Erklärung des Akzepts oder der Offerte, der Stellvertreter vollständig in bezug auf den äusseren Kontraktsabschluss. Diesem Unterschied ist, mit Ausnahme von der Annahme eines Erklärungswillens des Boten beizupflichten. Gleicher Ansicht ist Maier[2]), der das Beispiel bildet, dass ein Stellvertreter eine Offerte entgegennimmt, ohne sie zu beantworten, auch ohne mitzuteilen, er sei zur Annahme von Offerten nicht bevollmächtigt. Eine nachträgliche Annahme des Prinzipals wäre wirkungslos.

Es steht nicht in Widerspruch mit der Anschauung, dass Willenserklärungen schriftlich durch Boten überbracht, Erklärungen unter Abwesenden, die aber mündlich durch Boten bestellte, Anwesenheitserklärungen sind, dass Verträge durch Boten in beiden Fällen als unter Abwesenden geschlossen gelten müssen[3]). Denn es treffen hier zwei Willenserklärungen zusammen, die des Offerenten und die des Oblaten. Die Erklärung des Empfängers wird bei mündlicher Übermittlung mit der Kenntnisnahme des Offerenten, bei schriftlicher mit dem Zugang wirksam und unwiderruflich. Ebenso entscheidet das Lehrbuch von Brinz-Lotmar[4]), in welchem bemerkt ist, dass die Annahme oberstrichterlicher Erkenntnisse, dass das, was ein blosser Bote vernimmt, auch schon vom Absender vernommen sei, wohl mehr zur Abschwächung der Konsequenzen, als nach dem Begriffe des Boten erfolgt sei. Selbst Windscheid[5]) hält es für zulässig, dass der Absender der Antwort seine Erklärung bis zum Anlangen des Boten beim Offerenten zurücknehmen könne[6]), obgleich er von seinem Standpunkt aus folgern

---

[1]) Beiträge zur Lehre von der Stellvertretung bei Abschl. oblig. Verträge. In Goldschm. Zeitschr. Bd. 16, S. 18.

[2]) S. 33.

[3]) Ebenso Fleck, S. 410.

[4]) Pandekten, IV, § 572, S. 320; Ebenso Seuffert, Bd. V, S. 136, No. 116.

[5]) Windscheid-Kipp, Pand., II, § 309. S. 247.

[6]) S. 249.

muss, die Willenserklärung sei vollendet, wenn der Prinzipal das Mittel abgeschickt, eine Annahme, die, wie Kipp[1]) hervorhebt, für das BGB. nicht zutrifft.

Der Zeitpunkt der Wirksamkeit der Erklärung kann jedoch durch Abmachung der Parteien schon an den Zeitpunkt der Aussage an den Boten geknüpft sein, was, wie Kohler[2]) bemerkt, möglich ist, da die Annahme des Antrages in andrer Weise, als durch ankunftsbedürftige Willenserklärung geschehen kann.

d) Willensfähigkeit des Boten.

§ 16. Ein Stellvertreter will das Rechtsgeschäft selbst vornehmen; er darf daher nicht geschäftsunfähig sein, bedarf aber nach § 165 BGB. nur beschränkter Geschäftsfähigkeit. Der Bote ist nur Medium; in bezug auf ihn findet sich daher keine dem § 165 analoge Vorschrift. Kinder und Wahnsinnige (§ 104) können daher vollgültige Boten sein. „Es bedarf der Willensfähigkeit nur in natürlichem, nicht in rechtlichem Sinne“[3]). So macht die Mitwirkung eines Geisteskranken ein Rechtsgeschäft nichtig, wenn dieser als Vertreter mitgewirkt hat und selbst handelnd aufgetreten ist; das Rechtsgeschäft ist dagegen gültig, wenn sich die Mitwirkung des Geschäftsunfähigen als blosse Botentätigkeit charakterisiert[4]). Diese in der ganzen heutigen Literatur einstimmig anerkannte Zulässigkeit der Verwendung von Kindern und Geisteskranken zur Botentätigkeit, war in früherer Zeit nicht anerkannt, wie aus der Dissertation von Hachten[5]) (1660) hervorgeht: Nuncii constitui possunt omnes, qui nec propter defectum aliquem impediuntur, nec lege prohibentur. Ob defectum impediuntur, qui rationis usu destituuntur, vel sibi commissa aliis nunciare nequeunt, ut sint furiosi, mente capti, infantes et muti.

Der Bote muss sich bewusst sein, dass er eine Übermittlung besorgen soll und den Willen haben, die Übermittlung auszuführen. A und B verabreden, A solle dem

---

[1]) S. 220.
[2]) I, S. 432.
[3]) Schliemann, S. 12.
[4]) Ein solcher Fall ist entschieden in Seuffert, Bd. 57. 1902. No. 29, S. 52, OLG. in Celle.
[5]) Disputatio de Nuncio. Respondente Heino von Hachten. Hamburg 1660. In Lauterbachii Dissertationum Academicarum, Vol. III, S. 230, XVII.

B am folgenden Tage die Antwort auf eine Offerte auf folgende Weise zukommen lassen. Er solle seinen Diener, der um eine regelmässige Zeit täglich an Bs Hause vorüberkäme, mit einem bestimmten Kennzeichen versehen, wenn er akzeptieren wolle. Fehle das Kennzeichen, so laute die Antwort verneinend. Der Diener weiss nicht im geringsten, dass er als Übermittlungswerkzeug benutzt wird. Ist er trotzdem Bote? Er ist es so wenig, wie das Sprachrohr, der Telephondraht. Bewusstsein von seiner Aufgabe liegt als Erfordernis in dem Wort Bote eingeschlossen und ein Begriff Bote ohne oder wider Willen wäre ein Widerspruch in sich selbst. Zu dem Erfolgswillen des Herrn muss der Überbringerwillen des Boten hinzukommen, wenn auch nur in so primitiver Weise, wie ihn etwa ein Kind hat. Der Wille des Auftraggebers und der des Auftragnehmers müssen zusammentreffen.

e) Willensmängel.

§ 17. Eine Kenntnis vom Inhalt der Botschaft dürfen wir dagegen vom Boten nicht verlangen. So versteht der Wahnsinnige die ihm eingelernten Worte nicht, der Briefüberbringer kennt den Inhalt des Briefes nicht. Andrerseits steht die Kenntnis vom Inhalt der Erklärung oder des Rechtsgeschäfts auch nicht, wie Bähr[1]) meint, der Botenqualität entgegen. Konstitutiv wirkt der Auftrag des Herrn; dieser verleiht der Mittelsperson ihre Funktion; er stempelt sie zum Boten, wenn er ihr seine Willenserklärung zur Übermittlung übergibt, zum Stellvertreter, wenn er ihr ein, wenn auch spezielles Mandat erteilt.

Ein Wissen des Boten von Fehlern der offerierten Sache, für die er ein Akzept überbringen soll, gilt daher nicht als Kenntnis des Dominus, und der Dritte würde sich nicht darauf berufen können, dass der Bote die Mängel der abzuholenden Kaufsache gekannt hätte. Nur die Person des Prinzipals ist entscheidend, sofern der Einfluss von Irrtum, Zwang und Betrug, Kenntnis oder Kennenmüssen von Bedeutung ist. Bei Zwang gegen den Boten hat also nur der Herr das Anfechtungsrecht. Nur aus seiner Person sind prinzipiell Willensmängel zu beurteilen. Nur bei den Gehilfen, welche mit dem Dritten in rechtsgeschäftliche Be-

[1]) In Jherings Jahrb. Bd. 6, S. 295.

ziehung treten, sind die Willensmomente und Seelenzustände von Bedeutung; so beim Vertreter (§ 166 BGB.).

Ebenso bestimmt sich die Frage, ob ein Rechtsgeschäft Handelsgeschäft ist, nach der Person des Herrn, nicht der des Boten.

f) Stellung der Mittelsperson bei ihr eingeräumtem Einfluss auf den Inhalt der zu überbringenden Erklärung.

§ 18. Welche Stellung nimmt aber eine Mittelsperson ein, der die Wahl gelassen ist, welche von mehreren Erklärungen sie überbringen will, welches der Gegenkontrahent sein soll, oder wenn sie befugt ist, den Kaufgegenstand näher zu bestimmen oder auch die Übermittlung ganz zu unterlassen? Die Motive[1]) sind der Meinung, dass sich dies nicht zur Entscheidung durch das Gesetz eigne, die Praxis aber im allgemeinen die Grundsätze von der Vertretung anzuwenden habe. Die Protokolle[2]) ziehen die Grenze gegen den Stellvertreter so, dass eine Wahl, ob die Erklärung abzugeben sei oder nicht, schon das Vorliegen von Stellvertretung kennzeichnet. Die Entscheidungen der Schriftsteller fallen verschieden aus: Die einen räumen dem Boten eine umfassende Wahlmöglichkeit ein, so Leonhard[3]), Laband[4]), Endemann[5]), Curtius[6]), Doliński[7]), Cosack[8]), Planck[9]). Kohler[10]) hält es mit der Art der Rechtsstellung des Boten durchaus für vereinbar, dass es seiner Intelligenz überlassen wird, von mehreren ihm wahlweise zur Übermittlung anvertrauten Erklärungen eine beliebige auszuwählen. Es treffe der Zufall hierbei die Entscheidung, wie es bei einem Phonographen oder einer Mechanik möglich sei; es werde also das Prinzip der Botenstellung nicht dadurch berührt.

Andre Schriftsteller halten ein Wahlrecht mit der Boten-

---

[1]) Motive, I, S. 223 ff. Mugdan, I, S. 475 ff.
[2]) I, S. 291. Mugdan, S. 739.
[3]) Irrtum bei nichtigen Verträgen, S. 164 ff.
[4]) S. 190.
[5]) Handelsrecht, II, S. 398.
[6]) Arch. f. ziv. Pr. Bd. 58, S. 74 ff.
[7]) Doliński, Haftung d. Kontrahenten, S. 151.
[8]) S. 231.
[9]) I, S. 284 oben.
[10]) I, S. 431.

stellung für unvereinbar. Fleck[1]) will sich präsumptiv für Stellvertretung entscheiden. Eine vermittelnde Stellung nimmt Regelsberger[2]) ein. Auf der einen Seite lässt er die Möglichkeit einer bestimmten selbständigen Entscheidung zu, fährt dann aber fort: „Für die Feststellung der Eigenschaften im einzelnen Fall ist nicht die mehr oder minder zufällige Ausdrucksweise des Beauftragten entscheidend, sondern ob er nach den gesamten Umständen nur eine Botschaft ausrichten und etwa entgegennehmen wollte oder aber das Geschäft mit dem andern Vertragsteil abmachte."

Zur Entscheidung der Frage müssen wir wieder auf die Begriffsbestimmung des Boten zurückgreifen. Bote ist die Mittelsperson immer dann, wenn sie nur den Überbringerwillen hatte; überlässt ihr der Dominus auch eine Beeinflussung des Inhalts des Rechtsgeschäfts, so liegt echte Stellvertretung vor. Wir müssen hierauf die Beispiele aus der Praxis näher untersuchen.

Jemand schickt einen Diener mit einem Rezept in die Apotheke, um dasselbe dort ausführen zu lassen; dies ist unzweifelhaft ein typischer Fall für Botentätigkeit. Jemand schickt einen Diener mit einem Rezept in die Apotheke, die der Diener selbst aussuchen soll — ein häufig gebrauchtes Beispiel. Ist er hier auch nur Bote? Nach unserer Theorie müssen wir sagen: ja; denn er will nur eine Erklärung seines Herrn überbringen. Aber er hat doch eine Wahl, nämlich die bezüglich des Gegenkontrahenten!

Der Diener hat in unserem Beispiel zwei Aufgaben, die wir unterscheiden müssen. In erster Linie ist ihm aufgetragen, eine Apotheke auszusuchen, in zweiter, dort das Rezept abzugeben. Das zweite ist reine Botentätigkeit, der Auswahl der Apotheke wird man dagegen die Stellvertretungseigenschaft nicht absprechen können. Diese Tätigkeit kommt aber nur im Verhältnis des Boten zum Prinzipal in Betracht.

Dies ergibt sich noch deutlicher aus einem andern Beispiel. A will ein Pferd kaufen und hat zwei zur engeren Wahl in Aussicht genommen. Er schickt nun den pferdekundigen B zu dem Pferdehändler, um sich die Tiere anzusehen. B bezeichnet nach Prüfung dem A das Pferd X als das preiswürdigere und A schickt nunmehr einen Dritten, den

---

[1]) S. 387.
[2]) Pandekten, I, S. 587.

C, um die Annahmeerklärung bezüglich dieses Pferdes zu bestellen. C ist blosser Bote. Er ist es auch dann, wenn er dieselbe Person ist, die vorher die Prüfung der Pferde vorgenommen hat. Sollte er sich nun plötzlich in einen Stellvertreter verwandeln, wenn der mittlere Akt, die Benachrichtigung des Prinzipals von der Qualität der Pferde, ausfällt? Man könnte hier einwenden, dass dem Boten ein Einfluss auf den Inhalt des Vertrages eingeräumt sei. In Wirklichkeit nimmt die Wahl aber der Dominus vor. Er will das nach dem Urteil eines Kenners bessere der beiden Pferde kaufen. Es wäre das gleiche, wenn er dem Boten einen Brief an den Verkäufer mitgäbe des Inhalts: Ich wünsche das bessere der beiden Pferde zu kaufen. Das wird der Dominus aber, aus Furcht, übervorteilt zu werden, vermeiden. Er trägt also dem Sachverständigen auf, die Pferde zu untersuchen und dann zu sagen: Mein Herr will das Pferd X (resp. Y) kaufen. Dadurch wird der Gehilfe ebensowenig Stellvertreter, wie der Spruchbote, der den Sinn der zu übermittelnden Erklärung in präzise Worte fasst. In ähnlicher Weise ist die Post, die einen Brief an ein Speditionsbureau in X zu befördern hat, Stellvertreter bezüglich der Auswahl des Bureaus im Verhältnis zum Absender; bezüglich des Transportes aber, im Aussenverhältnis, Bote.

Diese Entscheidung liegt auch im Interesse des Verkehrs. Denn im täglichen Leben werden z. B. bei Markteinkäufen häufig Kinder verwendet und diesen wird nicht selten eine Wahl, z. B. bezüglich des Gegenkontrahenten überlassen. Es würde nun den Verkehr sehr erschweren, wenn es den Kontrahenten freistände, ein ihnen nicht mehr konvenierendes Geschäft wegen Geschäftsunfähigkeit der Mittelsperson aufzurufen. Es wird z. B. ein Kind in einen bestimmten Laden geschickt, um einen bestimmten Gegenstand zu bestimmtem Preise zu kaufen. Der Verkäufer lässt dem Kinde die Auswahl zwischen mehreren Exemplaren der gleichen Gattung. Das Geschäft ist vollgültig.

Andrerseits hat auch die im Innenverhältnis vorliegende Stellvertretereigenschaft der Mittelsperson ihre Wirkungen. Hat diese nicht, wie der Dominus wohl annimmt, dem billigen Ermessen nach ihre Entscheidung getroffen, hat z. B. der Pferdekundige aus Nachlässigkeit das schlechtere der beiden Pferde als das gewählte bezeichnet, so gilt die Erklärung doch als Erklärung des Herrn. Der Herr muss sich seine Leute danach aussuchen. Es ist nichts unrichtig

übermittelt und hier die Anfechtung aus § 120 BGB. zuzulassen, wäre ebenso, wie wenn man sie dann gestatten wollte, wenn der Geschäftsherr selbst den Gegenstand auf Grund eines schlechten Rates ausgewählt hätte. Ob dagegen nicht wegen Irrtums über wesentliche Eigenschaften der Person und der Sache aus § 119 Abs. 2 angefochten werden kann, ist Frage des einzelnen Falles. Verspricht sich dagegen die Mittelsperson, meint sie Pferd X und sagt Pferd Y, so steht das Anfechtungsrecht dem Herrn, nicht ihr zu, und zwar aus § 120.

Immer ist jedoch hierbei zu beachten, dass es auf den Willen des Herrn, als den die Botenqualität konstituierenden, ankommt. Sowie der Gehilfe als selbstbeschliessend auftreten soll, sobald er seinen subjektiven Willen zu dem Geschäft hinzutun soll, ist er Stellvertreter. (Der pferdekundige Bote hatte keinen Willen bezüglich des Rechtsgeschäfts. Er sollte nur vermöge seiner Sachkenntnis objektiv das bessere Pferd bezeichnen.) Stellvertretung wird also immer dann vorliegen, wenn der der Mittelsperson zur Entscheidung offen gelassene Punkt ein für das Rechtsgeschäft wesentlicher ist, wenn die Bestimmung des Preises, der Anzahl der zu kaufenden Gegenstände von der Mittelsperson zu treffen ist.

Sehr bezeichnend sagt Staudinger[1]): „Es mag im Einzelfall manchmal zweifelhaft sein, ob jemand als blosser Bote oder als gewillkürter Stellvertreter anzusehen sei. Diese Unklarheit ist aber nur tatsächlicher Natur, begründet in der Unklarheit der Instruktion, nicht rechtlicher Natur. Es ist", so fährt er dann fort, „daher nicht richtig, dass Bote und Stellvertreter ineinander übergehen[2])."

Liegen solche Unklarheiten tatsächlicher Natur vor, so müssen wir aus den Umständen den mutmasslichen Willen des Herrn entnehmen, ob er dem Gehilfen Willensfunktionen einräumen wollte oder nicht. Die Stellvertreterqualität wird im allgemeinen das Regelmässigere, daher im Zweifelsfalle anzunehmen sein. Eine Person, die für einen andern — nach Staudingers Beispiel[3]) — für ein paar Mark Schreibmaterialien kaufen soll, ist Stellvertreter; soll sie für eine Mark Papier aus einem von ihr selbst zu wählenden Laden

---

[1]) Kommentar, I, S. 464, No. 3.

[2]) So hatten Laband (S. 189), Eck (Vorträge über das Recht des BGB., I, S. 178) und Cosack (S. 231) behauptet.

[3]) I, S. 464, No. 3.

kaufen, ist sie — in ihrer Stellung dem Verkäufer und allen Dritten gegenüber — Bote. Der Zuschneider, den grosse Schneiderwerkstätten zu ihren Kunden schicken, den Bekker[1]) zu einem blossen Boten stempeln will, dürfen wir dagegen als Boten nur dann betrachten, wenn er bloss befugt ist, Aufträge der Kunden zur Übermittlung an den Prinzipal anzunehmen und eventl. Mass zu nehmen. Steht ihm dagegen, was die Regel ist, das Recht zu, Abmachungen über die Art der Kleider mit dem Kunden, mit bindender Kraft für den Prinzipal, zu treffen, so ist er Stellvertreter.

g) Ist das Innen- oder das Aussenverhältnis für das Vorliegen der Boteneigenschaft entscheidend?

§ 19. Der Punkt, ob das Innen- oder das Aussenverhältnis den Charakter der Botentätigkeit bestimme, ob der Wille des Mandatars oder das Auftreten nach aussen den Gehilfen zu einem Boten stempeln, ist lebhaften Diskussionen der Schriftsteller ausgesetzt gewesen und gegen die auf das Verhältnis des Boten zum Prinzipal den Schwerpunkt legende Theorie, haben sich verschiedene Stimmen erhoben, so besonders Zimmermann[2]), Bähr[3]), Unger[4]), Assmann[5]) und Fleck[6]), welch letzterer das Innenverhältnis nur beim Eigentums- und Besitzerwerb massgebend sein lässt.

Schon Hellmann[7]) wies darauf hin, dass, wenn äussere Momente entscheidend sein sollten, der Bevollmächtigte sich ja seine Stellung aussuchen könne. Auch Fleck, der das Auftreten der Mittelsperson entscheidend sein lässt, kann sich den Konsequenzen dieser Lehre nicht entziehen. Er muss anerkennen[8]), dass es wie eine Prämie auf den Dolus wirke, dann, wenn der Stellvertreter nur deshalb als Bote auftrat, um etwaige Einreden aus seiner Person abzuschneiden, den Dritten der Kontraktsklage des Vertretenen gegenüber schutzlos zu lassen. Berechtigung hat aber auch der im folgenden[9]) von ihm erhobene Vorwurf, der Gegen-

---

[1]) In Jherings Jahrb. Bd. 49, S. 37.
[2]) S. 18.
[3]) S. 292.
[4]) II, S. 135.
[5]) S. 45 ff.; S. 56.
[6]) S. 348 ff.
[7]) Stellvertret., S. 9 ff.
[8]) S. 351.
[9]) S. 352.

kontrahent wisse, wenn dem äusseren Auftreten jede Wirksamkeit entzogen werde, überhaupt nicht, woran er den Boten vom Stellvertreter unterscheiden solle. Steht er sich also bei der Innenverhältnis-Theorie besser, wenn er den Stellvertreter für einen Boten hielt, so befindet er sich wieder im Nachteil, wenn der Bote als Stellvertreter auftrat.

Greifen wir zu unserm obigen Beispiel von dem Pferdekauf zurück. Der die Annahmeerklärung des Herrn überbringende Bote ist bezüglich der Entscheidung über die Preiswürdigkeit der Pferde — nach innen — zugleich Stellvertreter. Dies geht aber den Dritten nichts an. Würde es diesem nun nicht entgangen sein, dass der Bote auf einen Mangel des Pferdes aufmerksam geworden, und würde er sich, mit Rücksicht auf die stattgefundene Untersuchung, darauf verlassen, es mit einem Stellvertreter zu tun zu haben, und daher die Mitteilung des Mangels an den Herrn unterlassen, so würde er sich nicht auf die Kenntnis des Boten berufen können.

Hierbei sind aber einige Punkte zu beachten, die in der Praxis ein unannehmbares Resultat, wie es Mitteis[1]) und Fleck[2]) für unausbleiblich halten, verhindern. Zunächst wird ein Bote, bei dessen Auftreten der Anschein nahe liegt, dass er als Stellvertreter handle, ausdrücklich hervorheben, dass er nur ein Verwirklichungsmedium — ein Bekkerscher Ausdruck[3]) — fremden Willens sei. Zweitens wird im einzelnen Fall, wenn der Gehilfe das Pferd trotz des Mangels für preiswürdig hielt, dies dem Willen des Geschäftsherrn entsprechen und dieser wird sich damit zufrieden geben. Endlich ist es Pflicht eines ordentlichen Geschäftsmannes, sich, wenn er über die Stellung der Mittelsperson sich nicht klar ist, danach zu erkundigen, besonders wenn die Kenntnis eines Mangels in Frage steht. Schon bei einer durch Vertreter vorgenommenen Erklärung, eine Offerte annehmen zu wollen, kann der Gegenkontrahent die Wirksamkeit von der Vorlegung einer Vollmachtsurkunde abhängig machen, wenn nicht der Geschäftsherr den Dritten vorher in Kenntnis gesetzt hatte. Um so eher wird er einen Ausweis verlangen oder bei dem Prinzipal anfragen, wenn er sich über die Qualität des Übermittlers nicht klar ist. Denn es besteht keine Verpflichtung, sich mit einem

---

[1]) S. 123.
[2]) S. 352.
[3]) Jherings Jahrb. Bd. 49, S. 37.

unlegitimierten Boten oder Vertreter einzulassen. Die mündliche Erklärung eines solchen braucht weder gehört, noch als Erklärung angenommen zu werden und gilt bei Zurückweisung nicht als wirksame Willenserklärung[1]).

Die Anhänger der Theorie, welche das Auftreten des Boten nach aussen entscheidend sein lassen, müssten, um sicher zu gehen, die Verwendung bestimmter Wortverbindungen verlangen, aus denen sich sofort die Eigenschaft der Mittelsperson ergäbe. Dies würde aber zu einem mit der Leichtigkeit des Verkehrs ganz unvereinbaren Formalismus führen. Mehr oder weniger zufällig gewählte Worte würden dann entscheidend sein. Und wie, wenn die Ausdrucksweise und das Benehmen des Gehilfen beides bedeuten kann? Welche Stellung er dann einnimmt, ist dann ebenso unklar, als wenn ausschliesslich die internen Verhältnisse massgebend sind. Schlossmann fragt hierzu[2]): „Wer erteilt ihm (dem Boten) Unterricht, wie man bei Äusserung des Willens, ein Fass Wein für den Herrn zu erwerben, ‚selbstbeschliessend', und wie man ‚unselbständig' dabei auftritt? Oder kommt es etwa wie eine Inspiration über ihn, so dass er schon infolge des Auftrages das Richtige trifft?" Auf die in Wirklichkeit vorhandene Beteiligung am Willensinhalt legen das entscheidende Gewicht von den neueren Schriftstellern auch Rümelin[3]) und Bekker[4]).

Auch das Gesetz neigt dazu, dem Auftreten nach aussen hin nicht entscheidende Bedeutung beizulegen. Der § 164 Abs. 2 BGB. sagt vom Vertreter: „Tritt der Wille des Vertreters, in fremdem Namen zu handeln, nicht erkennbar hervor, so kommt der Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, nicht in Betracht." Diese Bestimmung besagt, dass, wenn der Vertreterwille nicht erkennbar war, sich weder der Vertreter, noch der Geschäftsgegner darauf berufen kann, dass im Namen eines Dritten verhandelt wurde. Die Vorschrift bedeutet aber nicht, dass auch ausserhalb des Verhältnisses zwischen den beiden Kontrahenten, also nach allen Seiten und im Verhältnis des Geschäftsherrn zum Vertreter der nicht erkennbare Vertreterwille ausser Betracht bleibt; denn der Handelnde bleibt seiner

---

[1]) S. Rehbein, S. 122, No. 2 zu § 124.
[2]) I, S. 311.
[3]) Im Arch. f. ziv. Pr. Bd. 93, S. 151 Anm. 1.
[4]) A. a. O., S. 34.

Natur nach Stellvertreter. Dieser von Eck (Vorträge)[1]) vertretenen Ansicht stimmt deren Herausgeber Leonhard zu, ebenso Brach[2]), der die Konsequenz daraus zieht, dass der Erklärungsempfänger durch die Leistung an den Vertreter frei werde, aber auch mit befreiender Wirkung an den Vertretenen leisten könne. Gleicher Ansicht Brach[3]) und Cosack[4]); bezüglich des Besitz- und Eigentumserwerbs, s. RG. Bd. 30, S. 141 ff. und Jur. Wochenschrift. 1898. S. 485, No. 30[5]), ferner Rümelin[6]).

Wie aber der Wille des Geschäftsherrn und nicht das äussere Auftreten dafür entscheidend ist, ob Stellvertretereigenschaft vorliegt oder nicht, so bleibt eine als Bote abgeschickte Person Bote, auch wenn sie nach aussen als Stellvertreter auftritt oder ihre Stellung dem Gegenkontrahenten überhaupt nicht zu erkennen gibt. Überschreitet sie hierbei ihren Auftrag, so ist sie falsus procurator und die §§ 177 und 179 kommen zur Anwendung. Tritt der Bote im eigenen Namen auf, so findet § 164 Abs. 2 auf ihn Anwendung, ausser wenn die Umstände ergeben, dass er nicht Selbstkontrahent sein kann. Ein Bursche wird z. B. von seinem Herrn in ein Weingeschäft geschickt, um eine grössere Menge Wein zu kaufen. Der Bursche kauft, ohne anzugeben, dass er im Auftrag kommt. Dass er nicht in eigenem Namen handelt, ergibt die Höhe des Preises; ob er Stellvertreter oder Bote ist, wird nicht ersichtlich. Das Innenverhältnis entscheidet.

Erklärt umgekehrt der Stellvertreter, Bote zu sein, so

---

[1]) I, S. 179.
[2]) Im Recht. 1901. S. 506 ff.
[3]) Im Recht. 1901. S. 558.
[4]) § 66. Andrer Ans. Planck, § 164, No. 2, S. 285 ff. und Fleck, S. 385.
[5]) „Das BG. befindet sich mit seiner Annahme, dass nach gemeinem Rechte der Stellvertreter bei einem sich durch Tradition vollziehenden Eigentumserwerbsgeschäfte für den von ihm vertretenen Geschäftsherrn Besitz und Eigentum erwerben kann, wenn nur der Stellvertreter im Einverständnisse mit dem Geschäftsherrn diesen Willen hat, mag auch der Tradent den Stellvertreter zum Besitzer und Eigentümer zu machen beabsichtigen, und mag es der Stellvertreter an einer Erklärung seines Stellvertreterwillens gegenüber dem Tradenten, mit dem er im eigenen Namen kontrahiert, fehlen lassen, in Übereinstimmung mit der Entsch. d. RG., Bd. 30, No. 43. Auch der erkennende Senat schliesst sich dieser Rechtsansicht an."
[6]) A. a. O., S. 208 ff.

ändert das seine Stellung nicht. Nur darf die angeblich nur übermittelte Erklärung seine Vollmacht nicht übersteigen. Tut sie es, so ist er nach aussen falsus procurator, nach innen negotiorum gestor. Dem Dominus aber ein Anfechtungsrecht zu geben, wie Rümelin[1]) will, würde zu weit gehen. Denn soweit die dem Stellvertreter mitgegebene Vollmacht spezialisiert war, hat der Prinzipal wirklich eine Willenserklärung abgegeben. Soweit liegt also keine unrichtige Übermittlung vor. Diejenigen Teile seiner als Botschaft ausgegebenen Willenserklärung aber, die im Bereiche seiner freien Entschliessung liegen, stammen von dem Stellvertreter selber. Es liegt also hier keine Willenserklärung des Prinzipals vor, die falsch übermittelt werden konnte; hierbei ist auch noch der § 164 zu beachten.

Zweite Abteilung.

Die anomale Botentätigkeit.

a) Anfechtungsrecht des Herrn bei falscher Übermittlung.

§ 20. „Wenn eine Unterscheidung zwischen Boten und Stellvertreter Zweck haben soll," sagt Schlossmann[2]), „so müssen die rechtlichen Wirkungen verschieden sein und der einzelne Tatbestand muss einem oder dem andern unterzuordnen sein." Diese Unterscheidung tritt besonders bei den anomalen Fällen hervor, hier gerade beginnt der praktische Wert der wissenschaftlichen Theorien. Schon Jhering betonte[3]) den pathologischen Charakter der Rechtsforschung. „Erst aus der Zuwiderhandlung gegen die Rechtsordnung werden wir auf das Bestehen einer Rechtsorganisation, von Rechtssätzen aufmerksam gemacht und forschen weiter."

---

[1]) A. a. O., S. 152 Anm. 1.
[2]) I, S. 308.
[3]) In Geist des röm. Rechts, I, S. 29.

Es ist ein sich häufig ereignender Fall, dass ein Bote die ihm aufgetragene Bestellung falsch ausrichtet. Er irrt sich im Gegenkontrahenten, bestellt etwas andres, als ihm aufgetragen usw. In diesem Fall ist der Vertrag dennoch gültig, dem Herrn ist aber durch den § 120 eine Anfechtungsmöglichkeit gewährt. Denn stets, nicht nur wenn die Erklärung so an den Adressaten gelangt, wie sie abgegeben ist, sondern auch, wenn sie durch den mit der Übermittlung Beauftragten unrichtig übermittelt wird, ist es die Erklärung des Herrn, die der Adressat empfängt. Der Bote übermittelt nicht eine ihm von seinem Herrn übergebene fertige Erklärung, sondern perfiziert erst selber die Erklärung durch Ausrichtung der Bestellung an den Adressaten. Andernfalls — wenn keine Erklärung des Geschäftsherrn vorläge — wäre eine Anfechtungsmöglichkeit nicht denkbar. Der § 120 ist also eine Erweiterung des § 119: der Zwiespalt zwischen Wille und Erklärung ist für den Vertrag unschädlich; jedoch ist die Erklärung seitens des Erklärenden anfechtbar. Das BGB. folgt hier also der Erklärungstheorie; es ist der Punkt, aus dem sich am deutlichsten ergibt, welcher Theorie über die Rechtsstellung des Boten das BGB. sich anschliesst. Die von einem Stellvertreter abgegebene Willenserklärung wirkt unmittelbar für und gegen den Vertretenen (§ 164). Irrte sich der Vertreter, so hat er, nicht der Vertretene, ein Anfechtungsrecht. Für einen Irrtum des Boten bei der Ausrichtung muss aber sein Herr ebenso aufkommen, wie wenn er sich selbst versprochen hätte. Dem Dominus, nicht dem Boten, steht also das Anfechtungsrecht des § 120 mit der Massgabe des § 121 zu, wenn er die Erklärung nicht gelten lassen will und der Dominus muss den Schadenersatz des § 122 Abs. 1 leisten.

Erste Voraussetzung der Anfechtung ist Freiheit des Prinzipals von Dolus. Einem Herrn, der seinem Boten einen seinem (des Prinzipals) Willen nicht entsprechenden Auftrag gibt, um nachher wegen unrichtiger Übermittlung anfechten zu können, würde § 116 entgegenstehen und die Mentalreservation würde die Gültigkeit der Erklärung nicht verhindern. Anders, wenn er nur kulpos dem Boten eine ungenaue Instruktion erteilt hätte, die dieser missverstand. Hier muss dem Herrn das Anfechtungsrecht belassen werden; liegt ihm doch, zum Schutz des Gegenkontrahenten, der Ersatz des negativen Interesses ob.

b) Dolus des Boten.

1. Haftung des Boten.

§ 21. Schwieriger ist die Entscheidung der Frage, ob ein Dolus des Boten vom Herrn verantwortet werden muss oder nicht. Hat der Bote die ihm aufgetragene Botschaft absichtlich entstellt, so hat er offenbar die ihm aufgetragene Erklärung nicht überbracht. Vielmehr hat er eine andre, wenn auch ähnliche, bewusst von ihm stammende abgegeben. Er ist also falsus procurator. Der Fall ist der gleiche, wenn der Bote statt des ihm zur Beförderung übergebenen Briefes einen von ihm selbst stammenden überbringt, oder in dem Brief seines Herrn Veränderungen vornimmt. Denn schon durch die Veränderung weniger Worte kann der Sinn so entstellt werden, dass die Willenserklärung eine ganz andre, als die gewollte ist, und ist die Veränderung absichtlich vorgenommen, so liegt keine unrichtige Übermittlung, sondern eigenwillige Erklärung vor. Auf diesem Standpunkt vereinigen sich, gegen die Ansicht von Planck[1]), Windscheid-Kipp[2]), Hölder[3]), Lenel[4]), Crome[5]), Dernburg[6]), Staudinger[7]) und Josef[8]). Thöl[9]) konstruiert eine actio doli gegen den Boten. Ähnlich Regelsberger[10]). Für das römische Recht behauptet Jhering[11]): „Von einer Haftung (des Boten) kann nach römischem Recht nur die Rede sein, wenn der Bote den Auftrag in doloser Weise falsch bestellte“[12]).

Die entgegengesetzte Meinung sucht Fleck[13]) aus der Entstehungsgeschichte des § 120 zu begründen, doch ohne zwingende Beweiskraft. Die erste Kommission hatte Gebhards Vorschlag[14]), den Prinzipal nicht haften zu lassen für Umstände, „welche ausser aller Berechnung liegen“, nicht an-

---

[1]) I, zu § 120, S. 216.
[2]) Pandekten, § 309.
[3]) Kommentar, I, Erl. zu § 120, S. 267.
[4]) In Jherings Jahrb. Bd. 36, S. 17.
[5]) I, S. 422, Anm. 12.
[6]) BGB., I, § 145 V, S. 437.
[7]) I, zu § 120, S. 216. S. auch Düringer-Hachenburg, II, S. 61.
[8]) Zeitschr. f. Rechtspfl. in Bayern. 1905. S. 405.
[9]) § 12, S. 245.
[10]) Pandekten, I, § 160, S. 587.
[11]) In Jherings Jahrb. I, S. 281.
[12]) S. auch Anm. 8 das. und Jherings Jahrb. Bd. 4, S. 5.
[13]) S. 395 ff.
[14]) In seiner Vorlage an die erste Kommission, S. 111.

genommen. Doch folgt daraus nicht, dass die Kommission nun die Haftung des Prinzipals für Dolus des Boten wolle, sondern wohl eher, dass sie eine, die Haftung des Prinzipals beschränkende Bestimmung, wenigstens betreffs des Boten, für überflüssig hielt. Der Wortlaut des Berichts der XII. Kommission vom 12. Juni 1896[1]) hingegen spricht nur von höherer Gewalt, als Ursache unrichtiger Übermittlung, die nicht anders behandelt werden dürfe, als die sonstigen Fälle; und gerade Fleck[2]) führt einen Zweifel daran an, ob man eine dolose Entstellung der Botschaft der höheren Gewalt subsumieren könne.

Beziehungen zwischen dem Prinzipal und dem Dritten sind daher bei doloser Entstellung der Botschaft durch den Übermittler nicht entstanden. Der Bote haftet dem Dritten nach § 179 auf Erfüllung oder Schadenersatz. Ausserdem ist zu berücksichtigen, dass die Willenserklärung, zu deren Übermittlung der Bote bestellt war, nun nicht abgegeben ist. Ist durch diese Unterlassung dem Dominus ein Schaden entstanden, so muss der Bote für diesen aufkommen. Dieser Schadenersatz mindert sich nach § 254 Abs. 2, wenn die unterlassene Bestellung der Willenserklärung einen ungewöhnlich hohen Schaden zur Folge gehabt hatte, auf dessen Entstehungsmöglichkeit der Herr den Nuntius bei der Beauftragung nicht aufmerksam gemacht hatte.

2. Haftung des Herrn.

§ 22. An die Feststellung der Haftungspflicht des Boten bei Dolus knüpft sich die Frage, ob im Einzelfall nicht doch der Prinzipal zum Schadenersatz heranzuziehen ist. Nehmen wir den Fall an, der Herr habe sich einer notorisch unzuverlässigen Person zur Übermittlung bedient, die vielleicht schon bei früheren Gelegenheiten sich Eigenmächtigkeiten herausgenommen hatte. Hier den Herrn von der Haftung zu befreien, würde gegen den § 831 verstossen, der den Prinzipal für den Schaden verantwortlich macht, welchen der zu einer Verrichtung Bestellte dem Dritten in Ausübung der Verrichtung widerrechtlich zufügt. Diese Vorschrift findet jedoch dann keine Anwendung, wenn der Herr die im Verkehr erforderliche Sorgfalt bei Auswahl der

---

[1]) S. 39. Mugdan, I, S. 965.
[2]) S. 396.

Person beobachtet hat. Der Art. 96 EGBGB. bestimmt ausdrücklich, dass der § 831 auf das Gesinde Anwendung finden solle, welches ja im täglichen Leben besonders häufig zu Botendiensten verwendet wird. Handelt es sich nicht um ein Verschulden der Mittelsperson beim Entstehen von Kontrakten, sondern bei Erfüllung eines schon bestehenden Vertrages, so haftet der Dominus aus § 278, nur mit der Massgabe, dass ihm hier die Haftung wegen Vorsatzes des Gehilfen im voraus vertraglich erlassen werden kann.

c) Begriff der unrichtigen Übermittlung.

§ 23. Aus diesen Gesichtspunkten heraus müssen wir auch die sehr umstrittene Frage entscheiden, wie gross die Abweichung der abgegebenen Willenserklärung von der wirklich gewollten sein kann, um noch als die gleiche, nur unrichtig übermittelte gelten zu können. Bestellt ein Bote, der eine Einladung zu einem Mittagessen überbringen soll, einen Verkaufsantrag eines Landgutes — ein Plancksches Beispiel[1]) — so ist der Unterschied so eklatant, dass nicht mehr die Willenserklärung des Prinzipals, sondern eine ganz andre Erklärung als abgegeben anzusehen ist. Es ist also nicht die Willenserklärung des Prinzipals an ihren Bestimmungsort gelangt; vielmehr hat der Bote selbst eine Erklärung abgegeben, mit deren Übermittlung er nicht beauftragt war, und da der Bote, nicht der Herr, die Erklärung abgegeben hat, ist keine Anfechtung seitens des Herrn erforderlich. In allen den Fällen, in denen die von dem Boten bestellte Erklärung von der dem Boten erteilten so weit abweicht, dass eine Erklärung „ganz andrer Art“[1]) als vorliegend anzusehen ist, kann nicht mehr eine — wenn auch unrichtig übermittelte — Erklärung des Prinzipals als übermittelt gelten[2]). Kriterium dafür, ob eine falsch übermittelte Willenserklärung des Herrn oder selbständige Erklärung des Boten, ist die Verkehrssitte, nach der im einzelnen Fall entschieden werden muss. Mit dieser Unterscheidung deckt sich nicht die Frage nach dem Grunde der Entstellung oder gänzlichen Veränderung der Botschaft, ob sie durch Vorsatz des Boten, durch Fahrlässigkeit oder durch Zufall entstanden ist, denn auch eine solche Veränderung,

---

[1]) Erl. zu § 120, I, S. 216.
[2]) S. auch Josef a. a. O., S. 405.

die die wirklich bestellte Erklärung als eine Erklärung ganz andrer Art erscheinen lässt, kann ohne Vorsatz des Boten aus Fahrlässigkeit oder Zufall entstanden sein. Einen Einfluss darauf, ob die Erklärung anzufechten sei oder nicht, darf man dieser Frage aber nicht zugestehen. Denn eine Nachforschung, ob Vorsatz vorliege oder nicht, würde den Zweck des § 120 illusorisch machen. Das objektive Moment bleibt also das entscheidende. Als die in der Praxis häufigsten Fälle der Entstellung sind zu nennen: Irrtum in der Person des Erklärungsempfängers, in der Höhe der Offert- oder Akzeptsumme, in der Art des Rechtsgeschäfts. Letzterer lag vor in dem Oppenheim-Weilerschen Prozess, auf den die Entstehung des § 120 zurückgeht. Im Jahre 1856 hatte das Bankhaus Oppenheim in Köln dem Bankhaus Weiler in Frankfurt a. M. telegraphisch den Auftrag erteilt, Aktien zu kaufen. In dem Telegramm, das ankam, stand aber statt „kaufen" „verkaufen". Hierdurch war ein Schaden von 40000 Talern entstanden, zu dessen Tragung das Landgericht Köln das Bankhaus Oppenheim verurteilte.

d) Kompensation eines Irrtums des Herrn durch unrichtige Übermittlung.

§ 24. Hinzuzufügen ist noch, dass in dem Fall, wo dem Herrn ein Irrtum unterläuft, dieser aber durch die falsche Übermittlung des Boten wieder annulliert wird, das Anfechtungsrecht gegenstandslos wird. Meint der Herr z. B. 100 und sagt 200, der Bote bestellt aber irrtümlich doch 100, so ist eine Erklärung des gewollten Inhalts ja abgegeben.

Bestellt der Bote richtig, der Adressat verhört sich aber, dann ist infolge des vorliegenden Dissenses keine Partei gebunden.

Für alle Fälle mündlicher Willensübermittlung durch Boten empfiehlt sich, wie schon oben erwähnt, die von Planck[1]) vorgeschlagene Anwendung des § 174 über einseitige Willenserklärungen eines Vertreters; dass nämlich der Empfänger die durch einen Boten mitgeteilte Erklärung unverzüglich zurückweisen könne, wenn der Bote nicht eine schriftliche Urkunde des Prinzipals über seinen Auftrag

[1]) Zu § 130, Anm. 4, S. 236.

vorlegt oder der Absender dem Adressaten von dem Auftrag in Kenntnis gesetzt hatte. So zu verfahren mahnt den Dritten auch die Bestimmung des § 122 Abs. 2, wonach seine Schadensersatzberechtigung nicht eintritt, wenn er den Grund der Anfechtbarkeit, d. h. die falsche Übermittlung der Botschaft kannte oder kennen musste. Solches fahrlässiges Nichtkennen wird aber häufig vorliegen, wenn der Dritte die durch einen blossen Boten mündlich bestellte Nachricht ohne weitere Prüfung als richtig annimmt.

e) Säumnis des Boten.

§ 25. Eine andre Komplikation entsteht bei Säumnis des Boten. Nehmen wir an, der Bote vergisst ein eine Offerte enthaltendes Telegramm zur Post zu tragen und liefert es erst am folgenden Tage auf. Der Offerent enthält in der angemessenen Zeit keine Nachricht und offeriert anderweit. Oder der Bote gibt einen eine Vertragsannahme erklärenden Brief erst am folgenden Tage ab.

Im zweiten Fall ist die Entscheidung einfach. Da das Akzept später kommt, als es unter regelmässigen Umständen erwartet werden konnte, so gilt es als neuer Antrag (§ 150). Eine Ausnahme besteht, wenn der Adressat vielleicht durch Fragen an den den Brief überbringenden Boten oder durch das im Brief stehende Datum von der Säumnis Kenntnis erhält. Dann muss er die Verspätung unverzüglich anzeigen; andernfalls bleibt er an die Annahmeerklärung gebunden (§ 149).

Schwieriger liegt die Sache im ersten Fall. Eine verspätete Ankunft der Annahme nach § 149 liegt nicht vor; denn das Akzept ist ja regelmässig befördert. Wir müssen hier das Vorliegen einer unrichtigen Übermittlung im Sinn des § 120 annehmen. Denn eine Offerte: „Ich offeriere Ihnen hiermit ein Wertpapier zu 100“ heisst doch: „Ich offeriere Ihnen jetzt“. Ein erst am folgenden Tage abgesandtes Angebot bedeutet daher eine Entstellung des Inhalts, der auf diese Weise unrichtig, d. h. mit anderm Sinn, als der Herr wollte, übermittelt ist. Der Herr erhält also das Anfechtungsrecht des § 120. Er bekommt es jedoch nur, wenn er bei Kenntnis der Sachlage und verständiger Würdigung des Falles die Erklärung nicht abgegeben hätte. Dies wird der regelmässige Fall sein, denn bei

Börsengeschäften kommt es auf Tage, ja auf Stunden an. Sollte ihm aber die Verschiebung um einen Tag gleichgültig sein, so kann er die zweite, vor dem Eintreffen der Antwort des ersten Oblaten einem andern gemachte Offerte nach § 119 anfechten, da er ja bei Kenntnis der Sachlage — des verspäteten Abgangs der ersten Offerte — und bei verständiger Würdigung des Falles die Willenserklärung nicht abgegeben hätte. Welche Anfechtung er aber auch vornimmt, in jedem Falle hat er dem Anfechtungsgegner das negative Vertragsinteresse zu ersetzen, ausser wenn der Empfänger das Vorliegen der Verspätung erkannte oder erkennen musste. Ist dies der Fall, so wird es für den Empfänger einer Offerte sich empfehlen, sich zu vergewissern, ob der Absender trotz der Verspätung bei dem Angebot stehen bleiben will.

f) Haftung des Boten.

1. Für Bestehen des Auftrags.

§ 26. Der Bote muss, wie wir oben sahen, den Willen haben, die ihm übertragene Übermittlung bewusst auszuführen. Hierin liegt inbegriffen, dass er die Überzeugung haben muss, mit dem Überbringen einer Botschaft betraut zu sein. Sieht er z. B., dass ihm der Auftrag nur zum Scherz gegeben oder dass der Auftraggeber geisteskrank ist, und richtet er dennoch die Botschaft aus, ohne seine Kenntnis oder seinen Verdacht von der Nichtigkeit des Botenauftrages dem Empfänger mitzuteilen, so ist er dem Adressaten für den daraus entstehenden Schaden verantwortlich[1]). Dies ist aber nicht etwa — im Gegensatz zur Haftung des Prinzipals für seine Gehilfen — als Haftung für das Bestehen eines Botenauftrages, etwa analog dem § 179 zu konstruieren. Ein solches, von Mitteis[2]) aufgestelltes Nachprüfungserfordernis würde praktisch undurchführbar sein. Es würde dem Boten eine Nachforschungspflicht auferlegen, der dieser in vielen Fällen, z. B. bei nicht hervortretender Geisteskrankheit seines Auftraggebers, gar nicht genügen kann. Wie sollte z. B. die Post bei

---

[1]) Gleicher Meinung: Bähr, Jahrb. für Dogm. S. 298; Dernburg, Pandekten, II, § 10; Fleck, S. 400ff.

[2]) S. 175.

jedem im Briefkasten gefundenen Brief von dem Geisteszustand des Absenders Kunde erlangen?

Wir müssen vielmehr die Haftungspflicht dem § 826 entnehmen: die Verschweigung der bemerkten Geisteskrankheit des Auftraggebers seitens des Boten ist eine gegen die guten Sitten verstossende Handlung. Der § 826 spricht nur von vorsätzlichen illoyalen Handlungen. Hierzu bemerken aber die Motive[1]): „Es ist namentlich auch Aufgabe des Richters, im Einzelfalle zu prüfen, ob bei blosser Fahrlässigkeit der Verstoss gegen die guten Sitten anzunehmen oder zu verneinen ist." Auch fahrlässiges Handeln könnte als illoyale Handlung auf Grund des § 705 E. I (§ 826 BGB.) aufzufassen sein. In der Kommission wurde die Berücksichtigung fahrlässigen Handelns abgelehnt, weil darin kein so schwerer Verstoss gegen die öffentliche Sittlichkeit zu finden sei, dass der Gesetzgeber einzuschreiten Veranlassung habe[2]). Dass fahrlässige Nichtbeachtung oder Nichterwähnung von Umständen, welche die Gültigkeit des Botenauftrags in Frage stellen, unter § 826 falle, ist daher dem Prinzip nach abzulehnen, bei schweren Fällen aber der Entscheidung des Richters zu überlassen[3]).

2. Für den Inhalt des Auftrags.

α. Zivilrechtlich.

§ 27. Wir müssen aber noch einen Schritt weiter gehen. Nicht nur für das Bestehen eines Botenauftrags überhaupt, auch für den Inhalt eines solchen muss der Bote unter Umständen einstehen. Zwei Herren treten an einen Dienstmann heran und geben ihm eine Bestellung zum Überbringen. Aus den zwischen den beiden gewechselten Gesprächen erfährt der Dienstmann, dass der tatsächliche Inhalt der Botschaft unwahr und dazu bestimmt ist, den Adressaten zu täuschen. Ein Dienstmädchen wird abgesandt mit einem Brief und der Bestellung, der Brief käme von Herrn A., während sie tatsächlich bei Frau B. in Diensten steht. Verschweigung dieser Umstände — selbst-

---

[1]) II, S. 727. Mugdan, II, S. 406.

[2]) Protokolle, II, S. 2729. Mugdan, II, S. 1079.

[3]) S. auch Fleck (S. 402), der die Haftung des fahrlässig handelnden Boten durch die Annahme einer Verkehrspflicht begründet.

verständlich ist der Bote zu näheren Erkundigungen nicht verpflichtet — würde ebenso unter § 826 fallen, wie die vorher gedachten Fälle, obwohl es sich hier um den Inhalt der Erklärungen handelt.

Ausdrücklich ist hierbei zu bemerken, dass diese Haftung der Mittelsperson nicht aus ihrer Stellung als Bote entspringt. Als solcher hat der Gehilfe ja keinen Geschäftswillen und ist bei richtiger Übermittlung unverantwortlich. Auch beginnt seine Botenstellung erst im Augenblick der Übernahme des Auftrags und das Entgegennehmen der Mitteilung oder des Briefes gehört noch gar nicht zu seiner Botentätigkeit. Vielmehr folgt seine Haftungspflicht allein aus seiner gegen die guten Sitten verstossenden Handlung.

β. Strafrechtlich.

§ 28. Hieran knüpft sich die Frage nach der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Boten. Einem Dienstmann wird ein Brief zum Überbringen übergeben, der, wie ihm der Übergebende vorher zeigt, voller Beleidigungen steckt. Hier würde dem Übermittler, aus gleichen Gründen wie oben, die Berufung auf seine Botentätigkeit nichts helfen; denn es ist sein freier Entschluss, wenn er den Auftrag annimmt. Selbst wer etwa als Hausdiener den Weisungen seines Herrn Folge zu leisten hat, würde sich hierauf nicht berufen können, da sich seine kontraktliche Verpflichtung nicht auf die Ausführung von Delikten erstreckt. Die Weigerungspflicht und die Strafbarkeit für den Fall der Ausführung des Auftrags zu einer strafbaren Handlung ist sogar für die im striktesten Gehorsamkeitsverhältnis stehenden militärischen Untergebenen anerkannt in § 47 Z. 2 MStGB.: „Den gehorchenden Untergebenen trifft die Strafe des Teilnehmers, wenn ihm bekannt gewesen ist, dass der Befehl des Vorgesetzten eine Handlung betraf, welche ein bürgerliches oder militärisches Verbrechen bezweckte.“ Daher würde der Bote im obigen Fall wegen Beihilfe zur Beleidigung nach §§ 185 und 49 StGB. strafbar sein; sogar wenn der nach § 194 erforderliche Antrag nur gegen den Täter gestellt wäre (§ 63). Voraussetzung ist nur, dass dem Boten der beleidigende Charakter des Briefes bewusst war. Das Durchlesen jedes von ihm zu befördernden Briefes ist nicht erforderlich, ja verboten, selbst wenn der Brief offen zu befördern ist.

Enthält eine mündlich zu überbringende Botschaft eine Verabredung über Ausführung eines Deliktes des § 139 StGB., so tritt bei unterlassener Anzeige noch Strafbarkeit nach Massgabe dieses Paragraphen hinzu.

g) Abweichungen von dem vorgeschriebenen Beförderungswege.

§ 29. Hiermit sind die anomalen Fälle, die bei der Verwendung eines Boten entstehen können, noch nicht erschöpft. Abweichungen vom Willen des Herrn entstehen besonders in bezug auf den Inhalt der Erklärung; sie kommen aber auch vor in bezug auf die Art und den Weg der Übermittlung. Die hier möglichen Fälle sind verschieden. Ein Diener, der mit der Überbringung eines Briefes beauftragt ist, opfert, um sich den Weg zu sparen, 5 Pf. und schickt den Brief mit der Post. Oder: der Bote trifft unterwegs einen desselben Weges gehenden Bekannten und übergibt diesem den Brief zur Weiterbeförderung; der Brief geht anstatt, wie vorgeschrieben, auf dem Land-, auf dem Seewege. Ferner: der Bote verliert den Brief; der Finder steckt ihn in den Postkasten.

Die briefliche Erklärung ist nach dem BGB. erst wirksam im Augenblicke des Zugehens (§ 130). Bis dahin hat der Dominus vollständige Verfügungsfreiheit. Er kann die einzelnen Modalitäten der Beförderung genau bestimmen, er kann sich einen Brief zurückgeben lassen und kann bis zum Eintreffen widerrufen. Erst wenn die Erklärung zugegangen ist, ist sie wirksam und der Beeinflussung des Absenders entzogen. Doch soll diesem jede Möglichkeit genommen sein, die infolge der, durch die Veränderung des Übermittlungsweges vielleicht eingetretenen Verspätung, seinem Willen nicht mehr entsprechende Erklärung unschädlich zu machen? Oder soll gar das ganze Geschäft nichtig sein? Beides widerspräche den Intereressen der Praxis. Um aus diesem Dilemma herauszukommen, müssen wir uns an die oben für die Säumnis des Boten aufgestellten Grundsätze erinnern. Wie dort der § 120 die durch verspätete Ankunft des Boten entstandene Entstellung mitumfasste, so ergreift er hier die, durch Beförderung auf einem andern, als dem vorgeschriebenen Wege verspätete oder verfrühte Ankunft. Es war z. B. eine langsamere Beförderungsart vorgeschrieben, damit die Erklärung erst

an einem bestimmten, vorher berechneten Tage eintreffe. Die Post wendet gegen den Willen des Absenders eine schnellere Beförderungsart an. Ein Widerruf kommt zu spät, die Erklärung ist schon zugegangen. Der Absender kann aber nach § 120 anfechten. Er hat die Post zur Übermittlung gewählt, er muss für sie einstehen.

Man könnte einwenden, dass hiermit schikanöser Ausbeutung des Anfechtungsrechts Tor und Tür geöffnet und die Möglichkeit gegeben sei, wegen einer kleinen Abweichung von der vorgeschriebenen Beförderungsart ein lästiges Geschäft anzufechten. Nach den Bestimmungen der §§ 119 und 120 ist die Anfechtung aber ausgeschlossen, wenn der Absender die Erklärung bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles doch abgegeben haben würde. Ob aber ein Brief mit der Eisenbahn oder dem Dampfschiff ging, ist, sofern der Absender keine triftigen Gründe nachweist, gleichgültig; und eine Begründung der Anfechtung damit, dass nicht der dazu bestellte Hausdiener, sondern dessen ebenso zuverlässiger Berufsgenosse den Brief überbracht, könnte man nicht „verständig" nennen. Von der nach § 122 dem Anfechtenden obliegenden Schadensersatzpflicht ist dieser befreit bei Kenntnis oder Kennenmüssen des Dritten, etwa aus der Aufschrift des Briefes, von der Deviation und davon, dass die auf solche Weise verspätete Nachricht dem Willen des Absenders nicht mehr entsprach (§ 122 Abs. 2). Für Annahmeerklärungen ist auch der § 149 zu beachten.

h) Einmischung eines Dritten bei der Beförderung.

§ 30. Anders steht es bei unberufener, d. h. ohne den Willen des Prinzipals oder des Boten erfolgender Einmischung eines Dritten in die Beförderung. Jemand entreisst dem Dominus einen Brief und überbringt ihn. Hier ist die Übermittlung nicht die „Folge des Willens des Erklärenden" und der quasinuntius ist falsus procurator[1]). Der gefundene Brief wird vom Finder befördert. Auch hier liegt negotiorum gestio vor. Der Geschäftsführer kann aber, falls sich der Dritte nach § 179 an ihn halten sollte, Ersatz seiner Aufwendungen von dem Geschäftsherrn verlangen, wenn die Beförderung dem wirklichen oder dem

[1]) S. auch Motive, I, S. 157. Mugdan, I, S. 439.

mutmasslichen Willen des Dominus entspricht (§ 683) — der Regelfall. Vertretergleiche Beziehungen zwischen dem Dritten und dem Geschäftsherrn entstehen erst im Augenblick der Genehmigung, welche in den hier herangezogenen Regelfällen stets durch konkludente Handlungen erfolgen wird. Hierdurch wird die Wirksamkeit der Erklärung auf den Augenblick des Zugangs zurückgezogen.

Ebenso steht es, wenn der Bureaudiener den vom Chef geschriebenen, im Comptoir vergessenen Brief zur Post gibt. Ähnlich verhält es sich mit mündlichen Aufträgen. Ein Freund des Prinzipals, welcher hört, wie einem Boten eine mündliche Offerte aufgetragen wird und diese Offerte aus Gefälligkeit telephoniert — und zwar nicht als Ankündigung der Offerte des Prinzipals, was belanglos wäre, sondern die Offerte selbst — ist falsus procurator und kann Genehmigung seitens des Geschäftsherrn verlangen unter den Voraussetzungen des § 683 in Verbindung mit § 677.

An diese Frage haben sich starke Meinungsdifferenzen der Schriftsteller geknüpft. Schliemann[1]) erklärt bezüglich des Boten, der einen Brief abzugeben hat, die Modalitäten der Übermittlung für unerheblich, sofern nur die eigene Willenserklärung des Absenders vorliegt, selbst wenn der Dritte ohne Willen des Briefboten in den Besitz des Schreibens gelangt. Eine mündliche Erklärung müsse dagegen persönlich durch den vom Prinzipal beauftragten Boten bestellt werden, um zur Wirksamkeit zu gelangen.

Kurze Zeit darauf stellte Zimmermann[2]) den gleichen Unterschied, doch mit einigen Modifikationen auf. Während auch bei ihm bei schriftlicher Mitteilung nur der Brief ankommen muss — der Brief selbst ist ihm Organ[3]) — kann der Überbringer einer mündlichen Nachricht sich einen andern substituieren, falls ihm die Substitution nicht verboten ist. Für eine ähnliche Teilung tritt Kühn[4]) ein, auch Regelsberger[5]). Hiergegen wendet sich Hölder[6]): der verlorene Brief, wie die mündliche Erklärung könne durch den Boten, aber auch auf anderm Wege zur Kenntnis des andern Teils gelangen.

---

[1]) Goldschmidts Zeitschr. f. d. ges. Hand.-R. Bd. 16, S. 6.
[2]) Die Lehre von der stellvertretenden negotiorum gestio.
[3]) S. 20.
[4]) In Jherings J. Bd. 16, S. 13.
[5]) In Endemanns Handb. des Hand.-R., II, S. 397; vgl. auch Pandekten, I, § 160, S. 568.
[6]) In Archiv f. ziv. Praxis Bd. 73, S. 113.

Gebhards Ansicht[1]), dass bei Unterbrechung des gewollten Laufes der Dinge keine Zurechnung stattfinde, z. B. beim Dazwischenschieben des Finders des verlorenen Briefes, ist hinzuzufügen, dass durch die regelmässig nachfolgende Genehmigung doch die Wirksamkeit erreicht wird. Eine eigentümliche Konstruktion versucht Fleck[2]) zu begründen. Er will, dass bei verfrühter Ankunft der Nachricht infolge Deviation dem Herrn das Widerrufsrecht bis zu der Zeit zustehen soll, in welcher der auf die vorgeschriebene Weise beförderte Brief eingetroffen wäre. Darüber, wer den Schaden tragen soll, den der Dritte erleidet, wenn er mit der Ausführung des verfrühten Akzeptes gleich beginnt, schweigt Fleck. Seine Konstruktion widerspricht dem § 130. Vielmehr ist dem Absender das Widerrufsrecht zu versagen und er ist auf den Weg der Anfechtung zu verweisen, wobei sich auch die Schadensersatzfrage regelt.

---

[1]) In seiner Vorlage an die erste Kommission, S. 156.
[2]) S. 406 ff.

Druck von Wilhelm Hecker in Gräfenhainichen

Druck von Wilhelm Hecker in Gräfenhainichen.